**DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / ELEMENTOS ESENCIALES**

El artículo 2° de la Ley 1751 de 2015 establece que el derecho a la salud es fundamental y autónomo, en cabeza de todos los colombianos, sin hacer distinción por un sector etario o poblacional, por lo que es susceptible de ser amparado a través de la acción constitucional; derecho que incluye como elementos esenciales, la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional, los que convergen con el fin de que se garantice la atención integral en salud con alta calidad y con el personal idóneo y calificado… Asimismo, el artículo 8 ibidem establece que el servicio de salud debe ser integral, prestado de manera eficiente…

**PLAN BÁSICO DE SALUD / EXCLUSIONES / PROCEDIMIENTOS ESTÉTICOS O COSMÉTICOS**

En el mismo canon se desarrolló el sistema de exclusión del PBS, esto es, los servicios que no son financiados por el sistema público en salud, así: … “a) que los servicios en salud 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.” (…) El Ministerio de Salud y Protección Social en su última actualización del listado de procedimientos médico y servicios de salud expresamente excluidos del financiamiento a cargo de la UPC, la cual realizó mediante Resolución 641/2024 mantiene excluida toda cirugía plástica con fines estéticos…

**EXCLUSIONES DEL PBS / EXCEPCIONES / SI VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES**

… la Corte Constitucional, de antaño en sentencia T-965 de 2014 resolvió un asunto de similares connotaciones al que nos ocupa sobre orden prescrita por médico tratante sobre el procedimiento médico de mamoplastia de reducción, y apuntó que: “Para la Sala de Revisión una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de un paciente, cuando sin fundamento razonable desconoce el concepto del médico tratante en el cual se prescribe una intervención que, en principio, es considerada estética, pero que en el caso concreto tiene por virtud poner fin a una situación de dolor que ha aquejado al interesado durante tiempo considerable. En tal caso, además, se desconoce el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas…”

**TRATAMIENTO INTEGRAL / FINALIDAD / CAUSALES**

… la Corte Constitucional en la sentencia T-014 de 2024 recordó que en la sentencia SU-508 de 2020 se estableció como finalidad del tratamiento integral la de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la multiplicidad de tutelas por cada orden médica prescrita; sin embargo, también ha referido, que no puede ser ordenado bajo afirmaciones abstractas o inciertas, sino que debe verificarse: i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio y; ii) que existan las órdenes correspondientes, en los que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: **OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Asunto: Impugnación

Trámite: Acción de Tutela

Accionante: Rusgenis Nazareth Ochoa

Accionados: Nueva EPS

Vinculada: IPS Clínica San Rafel

Radicación Nro.: 66001310500220241009401

Tema a Tratar: Procedimientos estéticos o funcionales

Pereira, Risaralda, veintitrés (23) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Acta número 103 de 22-08-2024

Se decide la impugnación de la sentencia proferida el 12 de junio del 2024 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Risaralda, dentro de la **acción de tutela** instaurada por la señora **Rusgenis Nazareth Ochoa**, identificada con el permiso de protección temporal 5.774.351 y quien recibe notificación en la carrera 8 y al correo electrónico vanessaaroyavr@gmail.com en contra de la **Nueva EPS**, trámite al que se vinculó a la **IPS Clínica San Rafel**.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes**

Quien promueve el amparo pretende la protección de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, salud y dignidad humana y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS autorice la realización del procedimiento médico con cirujano plástico de mamoplastia de reducción bilateral, explantación mamaria bilateral – mamoplastia de reducción, tiempo qx 4h y extracción de cápsula de dispositivo en mama.

Y a que durante el proceso la EPS accionada garantice las autorizaciones de manera oportuna para la continuidad del proceso.

Narró la accionante que: *i)* cuenta con 35 años de edad; *ii)* hace 10 años se realizó una mamoplastia; *iii)* producto de ello, en la actualidad sufre de dolores en ambos senos, tórax y espalda; *iv)* el 02/09/2023 el galeno Jorge Andrés Gaviria, adscrito a la clínica San Rafael ordenó la realización del procedimiento médico con cirujano plástico de mamoplastia de reducción bilateral, explantación mamaria bilateral - mamoplastia de reducción, tiempo qx 4h y extracción de cápsula de dispositivo en mama;

*v)* Solicitó la autorización del servicio ante la EPS quien no la ha dado; *vi)* el 14/11/2023 la clínica San Rafael se contactó para darle indicaciones frente al procedimiento; *vi)* ahora tiene migrañas y aumentó el dolor de espalda, tórax y senos; *vii)* no cuenta con la capacidad económica para costear el procedimiento.

**2. Pronunciamiento del accionado**

**La Nueva EPS** solicitó declarar improcedente el presente amparo, para ello indicó que el servicio de salud denominado extracción de cápsula de dispositivo en mama, mamoplastia de reducción bilateral, está en proceso de gestión con la sociedad comercializadora de insumos y servicios médicos S.A.S., y que no existe soporte sobre solicitud de orden emitida por médico tratante que hubiere sido negada o desatendida por la Nueva EPS; por ello no existe vulneración o amenaza sobre los derechos de la accionante por parte de la accionada.

Luego, complementó su respuesta para explicar que los servicios de salud solicitados por la accionante de reducción de mama, si bien está contenido en la resolución 2366 de 2023, en el “*Listado de procedimientos en salud financiados con recursos de la UPC*", lo cierto es que en este caso, responden exclusivamente a un procedimiento estético y para que pueda ser cubierto con los recursos de la EPS, debe tener el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o con miras a impedir afecciones psicológicas que permitan a la persona llevar una vida en condiciones dignas.

Por lo anterior, no es viable que el procedimiento sea a cago de la EPS.

La vinculada **IPS Clínica San Rafael** en su contestación solicitó que fuera desvinculada de la presente acción ante la inexistencia de una conducta vulneradora de los derechos fundamentales de la accionante, por cuanto el procedimiento de Mamoplastia de reducción bilateral + Extracción de cápsula de dispositivo en mama solicitado deber ser autorizado por la Nueva EPS, empero manifestó que la EPS es libre de pactar el servicio con otra IPS por el principio de libertad de escogencia.

Agregó que, siempre ha garantizado la atención en salud a la accionante con calidad y de conformidad con sus necesidades; y afirmó que se atiene al contenido de la historia clínica de la accionante.

**3. Sentencia impugnada**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira tuteló el derecho fundamental de salud. En consecuencia, ordenó a la NUEVA EPS S.A. proceda a realizar las gestiones pertinentes para que se le realicen a la accionante, a través de la IPS con la que tenga contratación vigente, los procedimientos médicos de Mamoplastia de reducción bilateral, explantacion mamaria bilateral-mamoplatia de reducción tiempo qx 4h y extracción de cápsula de dispositivo en mama, conforme a lo ordenado por su médico. De otro lado, negó a solicitud de tratamiento integral.

Para la anterior determinación concluyó que, al existir orden médica prescrita por el médico tratante se obligó la EPS a brindar el servicio médico de salud eficiente y eficaz, en primer lugar, porque está incluida en la resolución 2366 del 2023 del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la cual actualiza integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC.

En segundo lugar, porque cumplió con las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre los procedimientos estéticos, con fines funcionales, en tanto no se trata de fines estéticos sino de garantizar a la accionante la vida en condiciones dignas; así como fue ordenado por médico tratante de la IPS Clínica San Rafael que presta sus servicios a la accionada Nueva EPS y; la accionante está afiliada al sistema de salud en el régimen subsidiado como cabeza de familia lo que permite concluir que no cuenta con los recursos económicos, además la accionada no demostró lo contrario.

Finalmente, frente al tratamiento integral argumento que no era procedente por cuanto no obran órdenes médicas donde se especifiquen los servicios adicionales que requiera y por ello no puede el juez constitucional ordenar prestaciones inciertas, lo anterior ante su falta de conocimientos médicos - científicos.

**4. Impugnación**

**La Nueva EPS** solicitó revocar el fallo porque el servicio obedece a un resultado indeseado estético de procedimiento de aumento de senos, pues el único hallazgo del médico fue una deformidad en doble burbuja, lo que no pone en riesgo la salud de la accionante, además el galeno no encontró otra sintomatología, siendo así es un caso con predominio de carga estética y no debe ser a cargo de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficio.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción al ser el Superior del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, quien profirió la decisión impugnada.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

2.1 ¿La Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, dignidad humana y a la salud de la señora Rusgenis Nazareth Ochoa al no autorizar los procedimientos denominados “*Mamoplastia de reducción bilateral, explantacion mamaria bilateral-mamoplatia de reducción tiempo qx 4h”* y *“extracción de cápsula de dispositivo en mama*”?

2.2. ¿había lugar a ordenar el tratamiento integral a favor de la accionante?

Previamente se verificará si se cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los intervinientes, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[1]](#footnote-1).

Está legitimada en este asunto la señora Rusgenis Nazareth Ochoa al ser la titular de los derechos que pretende se le protejan al estar afiliada a la Nueva EPS y requerir los procedimientos denominados “*Mamoplastia de reducción bilateral, explantacion mamaria bilateral-mamoplatia de reducción tiempo qx 4h*” y “*extracción de capsula de dispositivo en mama*” y también lo está la Nueva EPS al ser su EPS y la encargada de autorizar los procedimientos solicitados en la tutela.

En relación con la inmediatez, la Sala la encuentra cumplida a pesar de mediar entre la orden médica prescrita el – 09/09/2023 (fl. 01 del archivo 03, c.1) y la fecha de interposición de la tutela – 04/06/2024 (archivo 02, c.1) 9 meses; que si bien en principio parece un término extenso, lo cierto que conforme a la jurisprudencia constitucional excepcionalmente puede superar el término de 6 meses que jurisprudencialmente se ha establecido para incoar las acciones de amparo cuando permanezca la vulneración en el tiempo, como lo es el problema de salud que aqueja a la accionante, al aumentar incluso el dolor en su espalda.

De otro lado no cabe duda de que los derechos a la vida digna, dignidad humana y salud son fundamentales, y sobre este último, la Corte Constitucional ha dicho que si bien existen las acciones ante la Superintendencia de Salud al tenor del artículo 41 de la Ley 1949 de 2019, la misma Corte Constitucional ha reconocido que este mecanismo es ineficaz e inidóneo ante la falta reglamentación de la ley, incluso resalta que los tribunales no tienen un término establecido para definir la segunda instancia ni cuenta la superintendencia con un mecanismo de cumplimiento de sus decisiones (T-309 de 2018 reiterada en la T 055 de 2023.

En este orden de ideas se cumplen todos los presupuestos de procedibilidad que permiten abordar el fondo del asunto.

**3. Solución al interrogante planteado**

**3.1. Fundamento jurídico**

**3.1.1 Derecho a la salud**

El artículo 2° de la Ley 1751 de 2015 establece que el derecho a la salud es fundamental y autónomo, en cabeza de todos los colombianos, sin hacer distinción por un sector etario o poblacional, por lo que es susceptible de ser amparado a través de la acción constitucional; derecho que incluye como elementos esenciales, la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional, los que convergen con el fin de que se garantice la atención integral en salud con alta calidad y con el personal idóneo y calificado, entre otros, y de esta forma se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

Asimismo, el artículo 8 ibidem establece que el servicio de salud debe ser integral, prestado de manera eficiente, con calidad y oportunidad; esto es, antes, durante y después de la recuperación del paciente, lo que implica que se debe garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para superar tal afectación o sobrellevar la misma.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que el Sistema de Seguridad Social en Salud garantizará el derecho fundamental a la salud por medio de “*la prestación de servicios y tecnologías*”, que puede presentar 3 situaciones, las que la Corte Constitucional ha desagregado en: a) que el servicio se encuentre incluido, en este caso, la EPS no puede negarse a su suministro, independiente del régimen al que pertenezca el afiliado (Resolución 2364 de 2023); b) los servicios y tecnologías que no se encuentren expresamente excluidos, deben ser prestados a los pacientes, así no se encuentren explícitamente incluidos en el PBS, situación en la que se permite a la EPS el recobro al ADRES, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas por la Corte Constitucional y, finalmente, c) que el servicio esté totalmente excluido (Resolución 641 del 2024).

En el mismo canon se desarrolló el **sistema de exclusión del PBS**, esto es, los servicios que no son financiados por el sistema público en salud, así:

*“****a) que los servicios en salud 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 la seguridad del servicio de salud y su eficacia clínica.*

*c) que no exista evidencia científica sobre la efectividad clínica del servicio.*

*d) que el uso del servicio no haya sido autorizado por la autoridad competente.*

*e) que el servicio requerido se encuentre en fase de experimentación.*

*f) que los servicios tengan que ser prestados en el exterior.”.*

**3.1.2. Procedimientos estéticos o funcionales**

El Ministerio de Salud y Protección Social en su última actualización del listado de procedimientos médico y servicios de salud expresamente excluidos del financiamiento a cargo de la UPC, la cual realizó mediante Resolución 641/2024 mantiene excluida toda cirugía plástica con fines estéticos, que a su vez es una confirmación de lo dispuesto en la Ley 1751/2015 que en su artículo 15 prevé como excluido del PBS “*los servicios en salud 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”.*

Ahora, el Ministerio de Salud y Protección Social, también encargado de la actualización de la lista de procedimientos médico y servicios de salud expresamente incluidos en la financiación de la UPC, mediante Resolución 2364 de 2023, incluyó, entre otros, en la categoría 85.3.1 “***REDUCCIÓN DE MAMA [MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN***”.

De lo anterior se desprende que, si bien un procedimiento de cirugía plástica está expresamente contemplado en la resolución “Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, lo cierto es que, si se determina que la misma tiene como finalidad principal cosmético, estético o suntuario, se entenderá que hace parte de las expresamente excluidas, actualmente en la Resolución 641/2024.

En ese sentido, la Corte Constitucional, de antaño en sentencia T-965 de 2014 resolvió un asunto de similares connotaciones al que nos ocupa sobre orden prescrita por médico tratante sobre el procedimiento médico de mamoplastia de reducción, y apuntó que:

*“Para la Sala de Revisión una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de un paciente, cuando sin fundamento razonable desconoce el concepto del médico tratante en el cual se prescribe una intervención que, en principio, es considerada estética, pero que en el caso concreto tiene por virtud* ***poner fin a una situación de dolor que ha aquejado al interesado durante tiempo considerable****. En tal caso, además, se desconoce el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, que tiene como una de sus facetas el derecho a* ***la vida exenta de sufrimiento innecesario,*** *garantizando al usuario el acceso a los servicios de salud,* ***incluidos o no en el POS****, que lo lleven al adecuado restablecimiento de su salud y cesen los dolores o molestias de su cuerpo.*

*Sobre este aspecto, se explicó en un fallo posterior: “la Corte Constitucional ha señalado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad el derecho a la vida, sino ante eventos que* ***puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo*** *y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico.” Y se reiteró sobre* ***el dolor y la ausencia de éste como un presupuesto de la vida en condiciones dignas****: “el dolor es una situación que hace indigna la existencia del ser humano, pues no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente como individuo en la sociedad”.* (negrilla propia)

En ese sentido, más recientemente el Honorable Tribunal Constitucional reiteró como reglas establecidas para determinar la procedencia de las cirugías plásticas con fines funcionales esto es (T-055 de 2023):

1. *[q]ue el caso no tenga una pretensión exclusivamente estética o con fines de embellecimiento, esto es, que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico. En el marco de este criterio un elemento para definir el carácter funcional de un procedimiento es que haya existido una enfermedad o trauma previos cuya recuperación dependa de la cirugía plástica solicitada.*
2. *Que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología. En virtud de esta regla, debe existir un dictamen médico, que justifique con argumentos científicos la necesidad de realización del procedimiento.*
3. *Que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita. La Corte ha precisado que la capacidad económica no está sometida a un régimen de tarifa legal, sino a la sana crítica. Por tanto, será el juez quien determine, en cada caso en concreto, cuáles son las pruebas e indicios pertinentes para establecer si una persona o su familia carecen de recursos.*
4. *Que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal y a los derechos sexuales Sobre este presupuesto, la Corte ha precisado que es necesario que exista una clara afectación a la salud y no basta con la sola afirmación sobre el deterioro de la dignidad humana. En esa medida, para establecer si hay una afectación a la dignidad del paciente se debe establecer la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.*

**3.1.3** **Competencia para ordenar servicios de salud**

Respecto de los servicios de salud que requieren los usuarios ha dicho la Honorable Corte Constitucional en decisiones como la sentencia T-017/2021 que “*la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante. Por lo tanto, es el profesional de la salud el que está capacitado para decidir, con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente,[105] si es necesaria o no la prestación de un servicio determinado*.”

Así, es el médico “... *la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar, y es quien se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado, de acuerdo con la evolución en la salud del paciente*”.

Mas adelante en la misma decisión, recordó que en la sentencia T-345 de 2013 se explicó que el criterio del galeno es esencial para la determinación del derecho, así:

*“Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico (…).*

*Por lo tanto, la condición esencial para que el Juez Constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.”*

Por lo anterior, concluyó que no están autorizados para desatender lo ordenado en la prescripción médica ni las EPS, IPS o el juez de tutela, a menos que exista una justificación suficiente, sólida y verificable.

Para el anterior argumento, esta Sala considera que se debe tener en cuenta el artículo 17 de la Ley 1751/2015 que **garantiza la autonomía del profesional en salud** y para el efecto contempla que “*Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica”.*

**3.2. Fundamento fáctico**

Se acreditó dentro del expediente que la señora Rusgenis Nazareth Ochoaestá afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado con la Nueva EPS desde el 08/03/2023 y figura como madre cabeza de familia (archivo 10, c.1 y archivo 10, c.2) y tiene permiso por protección temporal en Colombia desde 13/04/2022 (fl. 04 del archivo 03, c.1), y.

Así mismo, que el 09/09/2023 asistió a consulta médica ante la IPS Clínica San Rafael con la especialidad de cirugía plástica y estética con el galeno especialista Jorge Andrés Gaviria Rincón, médico que en historia clínica determinó como diagnóstico “*T848 OTRAS COMPLICACIONES DE DISPOSITIVOS PROTESICOS, IMPLANTES E INJERTOS ORTOPEDICOS*”; y señaló (fl.02 del archivo 03, c.1):

*“OBSERVACIONES: PACIENTE CON ANTECEDENTE DE PEXIA CON IMPLANIES EN VENEZUELA POR LESION BENIGNA DE LA MAMA, ASISTE POR PRESENTAR ALTERACION(sic) A NIVEL DE IMPLANTES, ASOCIADO A* ***DOLOR DE ESPALDA*** *Y* ***MASTALGIA*** *QUE SE EXACERBAN CON LA ACTIVIDAD FISICA(sic), AL EXMAEN FISICO PRESENTA DEFORMIDAD MAMARIA EN DODLE BURUBJA POR PTOSIS DE TEJIDOS BLANDOS SE EXPLICA A PACIENTE NECESIDAD DE RETIRO DE IMPLANTES Y REDUCCION MAMARIA PARA MEJORÍA DE SINTOMAS SECUNDARIO A MAMOPLASTIA. ENTREGAN ORDENES (sic) DE CX ENTIENDE Y ACEPTAN”.*

En la misma data el mismo galeno emitió orden de procedimientos que consistieron en “*Mamoplastia de reducción bilateral, explanación mamaria bilateral-mamoplatia de reducción tiempo qx 4h”* y *“extracción de capsula de dispositivo en mama*”, procedimiento sustentado en dolor de espalda y mastalgia que se aumenta con la actividad física (fl. 01 del archivo 03, c.1).

También se tiene que la IPS Clínica San Rafael, quien atiende los pacientes de la accionada Nueva EPS, advirtió que no ha prestado los servicios ordenados por cuanto es un procedimiento que no está pactado con la EPS y por ello debe esperar a que exista la autorización para llevarlo a cabo (archivo 07, c.1).

Ahora, si bien no se tiene certeza que la accionada Nueva EPS hubiere negado la autorización del servicio, la accionante afirmó en el escrito de tutela haber radicado ante aquella el 09/09/2023 la orden para ser autorizada, lo cierto es sí se acreditó que existe orden de servicio prescrita por el médico especialista tratante del mismo día 09/09/2023 y en la contestación que se allegó dentro del trámite de la primera instancia el 11/06/2024 (archivo 09, c.1), la Nueva EPS expuso que tal servicio de salud se encuentra contenido en los procedimientos médicos con cargo a la UPC de la Resolución 2364 de 2023 en la categoría 85.3.1., sin embargo no es procedente en este asunto en tanto se trata de un evento estético y no funcional; lo que implica desde ya una negación en la autorización.

Del recuento anterior, se desprende que el procedimiento ordenado por el galeno adscrito a la IPS Clínica San Rafael, que presta sus servicios para los afilados de la Nueva EPS, que consiste en “*Mamoplastia de reducción bilateral, explantacion mamaria bilateral-mamoplatia de reducción tiempo qx 4h”* y *“extracción de capsula de dispositivo en mama*”, está contemplado en la Resolución Resolución 2364 de 2023 en la categoría 85.3.1., solo para fines funcionales y no estéticos, y en esto última se basa la defensa de la EPS dentro de esta acción constitucional.

Entonces, se observa la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante por parte de la Nueva EPS al negar los procedimientos prescritos por el médico tratante, en tanto, se encuentra que la accionante cumple con las reglas señaladas por la jurisprudencia constitucional para que proceda la autorización de un procedimiento quirúrgico con fines funcionales (T-055 de 2023), a saber:

1. La finalidad del procedimiento médico de “*Mamoplastia de reducción bilateral, explantacion mamaria bilateral-mamoplatia de reducción tiempo qx 4h”* y *“extracción de capsula de dispositivo en mama”,* noobedece a un fin estético, como erradamente lo señala la EPS, sino **funcional**, lo anterior por cuanto ese procedimiento tiene por fin eliminar los efectos secundarios de la mamoplastia de aumento que la afiliada se realizó hace 10 años, que corresponden al dolor de espalda y dolor en ambas mamas (mastalgia), que afectan su cotidianidad al incrementarse en los momentos de actividad física.
2. Efectivamente obra orden del médico tratante sobre el procedimiento, y si bien da cuenta de una deformidad por presentar "DEFORMIDAD MAMARIA EN DODLE BURUBJA POR PTOSIS DE TEJIDOS BLANDOS”, la cirugía la sustenta en los dolores de espalda y de ambas mamas que tiene la afiliada; ahora, si bien se observa con las pruebas allegadas que, dentro del trámite médico adelantado no se acreditó que previo a la cita con el especialista la actora hubiere sido atendida por el médico general y este hubiere sido quien la remitió con el especialista cirujano, lo cierto es que en el trámite de esta instancia se requirió, mediante auto del 15/08/2024, a la accionada Nueva EPS para que allegará la historia clínica completa donde se percibiera la anterior situación, quien guardo silencio.
3. Se tiene que la accionante manifestó en su escrito de tutela no contar con los medios económicos para solventar el procedimiento quirúrgico con sus propios medios, sin que la accionada hubiere hecho pronunciamiento alguno al respecto; por lo que teniendo como única prueba la afiliación al sistema de salud en el régimen subsidiado, la sala infiere que no cuenta con un ingreso fijo pues no está vinculada al empleo formal; además rememórese que es cabeza de familia; al punto se hace necesario advertir que mediante auto del 01/08/2024 (archivo 03 del c.2) se le requirió a la accionante para que informará sobre sus condiciones de vida e ingresos mensuales, requerimiento que no fue atendido; sin embargo dicha situación por sí sola no permite derruir la manifestación que aquella realizó desde el escrito de tutela sobre su falta de capacidad económica que, con el resultado de la búsqueda en el ADRESS antes mencionada permite inferir que en efecto no cuenta con los recursos para ello.
4. Ahora, respecto a la necesidad de la intervención en aras de garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, se tiene probado que padece de dolores en su humanidad que la jurisprudencia anteriormente señalada, contempla que no deben ser carga de los afiliados, por cuanto todos tienen derecho a la vida **exenta de sufrimiento innecesario,** lo que de contera afecta el derecho fundamental a una vida en condiciones dignas.

Queda así acreditado el cumplimiento de la totalidad de los criterios expuestos por la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, es necesario traer a colación que la competencia para ordenar los servicios de salud, procedimientos, tratamientos y/o medicamentos requeridos por los usuarios del Sistema General de Salud es del médico tratante, pues es quien tiene el conocimiento de manera detallada de las condiciones de salud del paciente y es quien tiene los conocimientos para ello, y por lo anterior no le es dable al juez constitucional hacer la valoración de un procedimiento médico ya ordenado por el profesional en salud competente para ello, por cuanto ese criterio médico no se puede remplazar por el criterio jurídico del juez constitucional; ahora con los mismos argumentos señalados se concluye que tampoco le es dable a la EPS, IPS o al juez de tutela, desatender lo ordenado en la prescripción médica, a menos que exista una justificación suficiente, sólida y verificable, que en este asunto la EPS tampoco aportó al legajo conceptos médicos que corroboraran que la cirugía tiene fines de embellecimiento y no funcionales.

Asimismo, se tiene que la IPS no ha dado inicio a la prestación del servicio por cuanto la EPS no ha dado la autorización para ello, que es necesaria al no estar pactado en el contrato, por lo que es una carga administrativa que no tiene que soportar la afiliada como lo advierte la Ley 1751/2015 en artículo 6 literal d) prevé el principio de continuidad del derecho a la salud y explica que “*Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este* ***no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas***”.

Por lo anterior se confirmará la decisión de la *a quo* de tutelar los derechos fundamentales de la accionante.

**3.3. Tratamiento integral**

**3.3.1. Fundamento jurídico**

Frente al tema, la Corte Constitucional en la sentencia T-014 de 2024 recordó que en la sentencia SU-508 de 2020 se estableció como finalidad del tratamiento integral la de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la multiplicidad de tutelas por cada orden médica prescrita; sin embargo, también ha referido, que no puede ser ordenado bajo afirmaciones abstractas o inciertas, sino que debe verificarse: i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio y; ii) que existan las órdenes correspondientes, en los que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.

**4.3.2. Fundamento fáctico**

No se probó en este asunto la prescripción **de otros exámenes**, **procedimiento, medicamentos** para disponer el tratamiento integral, por lo que se confirmará el numeral 3° de la sentencia en el que la *a quo* lo negó por cuanto no procede ante hechos inciertos y futuros sobre los cuales no cabe la protección constitucional.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se confirmará la sentencia impugnada.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala de Decisión**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferidael 12 de junio del 2024 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Risaralda, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora **Rusgenis Nazareth Ochoa**, identificada con el permiso de protección temporal 5.774.351 y quien recibe notificación en la carrera 8 y al correo electrónico vanessaaroyavr@gmail.com en contra de la **Nueva EPS**, trámite al que se vinculó a la **IPS Clínica San Rafel**.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes, intervinientes y al juzgado de origen en los términos legales.

**TERCERO. REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)