



**JUZGADO CUARENTA (40) PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**

Bogotá, D. C., noviembre nueve (09) de dos mil veintidós (2022)

Acción de tutela No. 110014088040202200142

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la acción de tutela instaurada por la ciudadana **ANDREA ALEXANDRA TRONCOSO HOYOS**, identificada con cédula de ciudadanía número 52.473.020, contra la **EPS COMPENSAR**.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda y sus fundamentos.

La señora **ANDREA ALEXANDRA TRONCOSO HOYOS**, de 45 años, acude a la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y salud, en razón a que el Comité Evaluador de la **EPS COMPENSAR**, no ha dado resolución a la valoración para la realización de la cirugía de Reducción de Mamas conceptuado por el especialista de cirugía plástica, para el tratamiento del diagnóstico de *gigantomastia* que le fue diagnosticado, sin que tuviera resultados los varios tratamientos prescritos para reducir el dolor de espalda y cuello que su patología le causa.

Resalta que después de varios seguimientos sobre el procedimiento conceptuado, llegó la pandemia y no pudo lograr respuesta sobre la evaluación del mencionado Comité, sin embargo, señala que en el presente año retomó el proceso con el cirujano plástico, profesional que ratifica la necesidad de la cirugía, cuyo concepto se remitió una vez más al Comité Evaluador de la EPS Compensar.

No obstante, se queja que la respuesta de la accionada EPS fue que debía adjuntar las historias clínicas no mayor a 8 meses y comenzar una vez más el proceso para la práctica del procedimiento quirúrgico, el cual dice es demorado, sumado a que ha debido solicitar citas prioritarias para mitigar el dolor de espalda, sin darle solución definitiva a su quebranto de salud.

Conforme lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a COMPENSAR EPS proceda a autorizar y practicar la cirugía de reducción de mamas conceptuado por el especialista tratante para el manejo de la GIGANTOMASTIA que le fue diagnosticada. Adjunta como prueba la historia clínica de fisioterapia y ortopedia, respuesta a la solicitud del médico tratante.

2.2. Actuación Procesal.

La demanda de tutela fue inadmitida mediante auto del 21 de octubre de 2022, en el cual se solicitaba aclarar la demanda en relación con la legitimación en la causa por activa. Una vez subsanada, en auto de fecha 26 de octubre de 2002 se ordenó vincular al Representante Legal, o quien haga sus veces, de **COMPENSAR EPS**, para que ejerza su derecho de defensa. A su vez, se dispuso vincular de manera oficiosa a la **ADRES** y se requirió al especialista en Cirugía Plástica, PEDRO FELIPE ROA VESGA de la especialidad de Cirugía Plástica adscrito a la EPS Compensar, para que se sirva rendir su concepto médico.

2.3 Contestación

2.3.1. EPS COMPENSAR.

Leydi Lorena Charry Benavides, en calidad de apoderado de la Caja de Compensación Familiar, señala que ANDREA ALEXANDRA TRONCOCO HOYOS se encuentra activa en calidad de cotizante, a quien asevera le han prestado los servicios de salud que ha requerido, precisando sobre la cirugía de Reducción de Mamas que el área de autorizaciones informó que no se evidencia orden médica para dicho procedimiento. Sin embargo, por parte de del “gestor de juntas” indica que la paciente tenía una solicitud de junta de diciembre de 2021, pero en ese momento no se adjuntaron los soportes de la valoración por fisiatría y se cerró el caso el caso; empero, se remite el caso a la junta el 18 de noviembre de 2022; adicional a ello, en comunicación con la paciente se le solicito el envío de los soportes vía correo electrónico y en 10 días hábiles después de realizada la junta, anuncia, se le enviará por ese mismo medio la decisión.

En ese contexto y de lo aportado en la actuación, insiste que no se cuenta con orden médica para la citada cirugía, siendo indispensable este requisito en virtud de la autonomía y conocimiento científico del profesional de la salud para determinar los servicios que requiere el paciente, con todo, recalca que la accionante ya tiene programada la junta para definir lo pertinente.

De acuerdo con lo manifestado, aduce que su representada no ha conculcado derecho fundamental alguno a la actora, por consiguiente, alega la improcedencia de la acción de tutela en contra de COMPENSAR EPS

2.3.2. ADRES - Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El apoderado de la entidad, mediante poder conferido por el jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, hace alusión al marco normativo de los recursos del Sistema General de Salud, así como a los antecedentes y derechos fundamentales deprecados por la accionante, de lo cual aduce la falta de

legitimación en la causa por pasiva de su representada, al tiempo que resalta la responsabilidad en cabeza de las EPS para garantizar los servicios de salud de sus usuarios, conforme los deberes que deben cumplir dentro del Sistema de Salud, en el marco de la ley 100 de 1993.

Resume el compendio reglamentario, donde los métodos de financiación de la cobertura integral para el suministro de los servicios y tecnologías en salud definen el listado de los medicamentos y procedimientos financiados por la UPC. Así mismo, hace alusión a la Ley 1955 de 2019 - Art. 240, que estableció el mecanismo de los presupuestos máximos para garantizar la prestación de servicios y tecnologías NO financiados con cargo a la UPC, y que fueron reglamentadas por las resoluciones 205 y 206 de 2020, modificada por la Resolución 586 de 2021, particularmente, su artículo 5, fija el presupuesto máximo transferido a las EPS o EOC para que asuman el costo de esos servicios que no están a cargo de la UPC o con otro mecanismo de financiación y no excluido por la Ley 1751 de 2015.

De otra parte, el párrafo del artículo 9 de la citada resolución, establece que los servicios susceptibles de ser financiados con recursos diferentes a la UPC seguirán a cargo de las EPS o EOC bajo el principio de integralidad de la atención y se llevará a cabo de acuerdo al proceso de verificación a cargo de la ADRES, cuyas condiciones para el pago de esos servicios están establecidas en el artículo 21 de la Resolución 2152 de 2020.

Bajo ese contexto, resalta que es responsabilidad de las EPS y no de su representada la prestación de los servicios de salud. Por ende, está a cargo de las EPS garantizar la prestación de los servicios a sus afiliados a través de su red de prestadores, de lo contrario pondrían en riesgo su vida o su salud, cuando se sustraigan de su deber con fundamento en que la prescripción del servicio o tecnología no este cubierto en el PBS con cargo a la UPC.

Frente al recobro de los servicios no financiados por la UPC que predica la EPS, advierte que no es procedente, precisamente teniendo en cuenta los presupuestos máximos para que las EPS o EOC garanticen la atención integral a los afiliados, y que fueron fijados en las citadas disposiciones emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (Resoluciones 205 y 206).

De acuerdo a lo antes expuesto, solicita se deniegue el amparo solicitado, toda vez que, la ADRES no tiene injerencia alguna en la vulneración de los derechos fundamentales, objeto de la presente acción de tutela, y en esa medida se la desvincule de la misma. Sin embargo, señala que es deber de las EPS garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados a través de su red de prestadores. En caso de acceder a las pretensiones de la accionante, conmina a que se module las decisiones para no comprometer la estabilidad del sistema General de Salud al imponer cargas para la prestación de servicios que escapen del marco de la salud y no deben ser sufragadas con recursos destinados a ese servicio público.

Por parte del Dr. PEDRO FELIPE ROA VESGA de la especialidad de Cirugía Plástica adscrito a la EPS Compensar, pese a que se envió el requerimiento al correo electrónico de la citada EPS, el galeno se ha mantenido en silencio sin pronunciarse al respecto.

III CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1 Competencia

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, en virtud de lo establecido en el Art. 86 de la Constitución Nacional en concordancia con lo normado en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y art. 1° numeral 1° Inciso 3° del Decreto 1382 de 2000, modificado por el Decreto 1069 de 2015, a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017, toda vez que se instaura contra una entidad particular que presta el servicio público de la salud.

3.2 Problema Jurídico

Corresponde determinar si la accionada EPS COMPENSAR vulnera los derechos fundamentales invocados por la accionante, ante la falta de resolución de la junta médica frente a la pertinencia de la cirugía de *reducción de mamas*, para el manejo de la *hipertrofia de mamas* que padece, para el cual se inició el trámite para su evaluación por junta médica desde el año 2018 sin resolución a la fecha de la interposición de la presente actuación.

3.3 Procedencia de la acción de tutela y derecho fundamental.

El Art. 86 de la Constitución Política incorporó la acción de tutela, la cual fue reglamentada mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, en donde prevén que toda persona por sí o por quien actúe en su nombre puede reclamar ante los jueces los derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier entidad pública o privada.

Así mismo, la tutela ha sido consagrada constitucionalmente como un mecanismo judicial excepcional y subsidiario, caracterizado por la flexibilidad e informalidad de su procedimiento y por la celeridad con la que debe actuar el Juez cuando es puesto en conocimiento de una violación o amenaza de un derecho fundamental.

Respecto a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, ante la naturaleza subsidiaria y residual del amparo, en el presente asunto se cumple con ellos, a saber: (i) fue interpuesta por Andrea Alexandra Troncoso Hoyos, titular de los derechos invocados, y por tanto destinataria de la protección constitucional que reclama (legitimación por activa); (ii) Se

presentó en contra de una entidad que presta el servicio público de salud¹ (legitimación por pasiva); (iii) La tutela se interpuso en un término prudencial entre la actuación que supuestamente vulneró los derechos de la accionante, esto es, el trámite reiniciado para la valoración por junta médica para la realización de la cirugía de reducción de mamas (06 de diciembre de 2021, según historia clínica, e insistida por la accionante el 28 de agosto de 2022 en consulta médica) y la presentación de la acción y que hoy continua (*inmediatez*); y (iv) la parte actora no cuenta con otro medio judicial ordinario de defensa idóneo y eficaz (*subsidiariedad*) para la protección de los derechos invocados por la accionante, pues la accionante a seguido los trámites y consultas asignadas por la EPS para lograr la valoración requerida a efecto de la práctica del procedimiento quirúrgico que pretende para tratar su patología. Por consiguiente, esta acción es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales deprecados.

En relación a las garantías constitucional que alega la accionante como vulneradas, en reiterada jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en concordancia con la ley estatutaria de salud (Ley 1751 de 2015), se ha precisado que el derecho a la salud es un derecho fundamental de carácter autónomo², el cual tiene una doble connotación como derecho constitucional y como servicio público, mismo que no se circunscribe sólo a la enfermedad sino que se relaciona con el concepto de bienestar al más alto nivel de vida de las personas, que, además, se interrelaciona con otros derechos fundamentales, y otorga garantías para reclamar otros servicios que imponen al Estado y otras entidades, la obligación de respeto, protección y garantías que se desprenden del derecho a la salud.³

Por ello, el derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho a acceder a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, tal como lo prevé el Art. 49 de la Constitución Política. En el mismo sentido, bajo la misma óptica de garantizar el bienestar máximo al individuo, ha señalado que *“la salud es ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva”*⁴

3.4 Caso concreto

¹ El inciso 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad encargada de la prestación del servicio público de salud.

² Sentencias T-760 de 2008, T-650 de 2009. En esta providencia se dijo: “...la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión ‘derechos fundamentales’, alcance efectuado adicionalmente en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P.)”

³ Sentencia C-936 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Sentencia T-760 de 2008.

En el asunto que concita la atención del Despacho se advierte que la señora ANDREA ALEXANDRA TRONCOSO HOYOS acude a la tutela con el propósito que se ordene la autorización y realización de la cirugía de “*reducción de mamas*”, por cuanto la EPS accionada no ha llevado a cabo la junta médica para determinar su viabilidad, dado su diagnóstico de “giganstomastia”, a pesar de lo conceptuado por el cirujano plástico, como medida para mitigar los dolores y molestias que le ocasiona su patología, la cual fue diagnosticada desde el año 2018, sin que surtiera efecto las terapias y tratamientos prescritos con tal fin, y señala que la EPS, tras suspender su proceso por la contingencia de la pandemia, pretende que se reinicie su proceso.

Por su parte, la accionada EPS COMPENSAR aduce que la citada cirugía no cuenta con orden médica suscrita por el galeno tratante, único con el conocimiento y científico del paciente para determinar los servicios de salud que requiere, sin embargo, resaltó que el área de autorizaciones informa que la valoración por junta médica para la cirugía de reducción de mamas ya fue programada para el día 18 de noviembre de 2022.

Bajo ese contexto, conforme los soportes de la historia clínica, está acreditado el diagnóstico dado a la accionante, así como los dolores lumbares y otros que viene padeciendo de años atrás, mismos que han llevado a la realización de tratamientos sin los resultados esperados para disminuir los padecimientos de la señora TRONCOSO HOYOS, por lo que el cirujano plástico tratante concluyó la necesidad de la cirugía de *reducción de mamas* para tratar los quebrantos de salud que le producen su patología, por lo cual remitió el caso al comité de evaluador para que determine la autorización del citado procedimiento, sin embargo, en razón a la emergencia por la pandemia, el proceso quedó suspendido, retomando la accionante sus controles desde el mes de agosto del presente año, estando aún pendiente la evaluación por junta para determinar la pertinencia del citado procedimiento y continuando su padecimiento.

No obstante, como lo refiere la EPS COMPENSAR, no hay una orden expresa del especialista en cirugía plástica para la realización de la cirugía de reducción de mamas, solo un concepto que se remitió a validación con la junta médica; además, es evidente que ha transcurrido un tiempo considerable desde que se inició el trámite para dicha valoración por la junta médica, sin que sea exclusivamente atribuible a la accionante ese lapso de tiempo, pues es un hecho notorio la prioridad que se dio para la atención por la emergencia por el covid, pero que en ese mismo transcurrir de los años pudo variar algunas de las condiciones de salud de la actora, por lo que mal haría el despacho ordenar de manera directa la realización del procedimiento cuando no se evidencia orden médica reciente.

Sumado a lo anterior, en lo atinente a los procedimientos y requisitos para materializar el procedimiento quirúrgico de Mamoplastia de Reducción, la

jurisprudencia constitucional⁵ estableció dos requisitos esenciales para que la EPS autorice su práctica, a saber:

“Una EPS debe autorizar y practicar la cirugía de mamoplastia de reducción, cuando se cumplen dos condiciones: (i) una usuaria padece de hipertrofia de mamas (crecimiento no regular de los senos), que afecta su bienestar físico y le causa dolores; y, (ii) el médico tratante, adscrito o externo a la red de servicios de la EPS a la cual se encuentra afiliada la usuaria, prescribió el servicio con el fin de garantizarle el adecuado restablecimiento de su salud. El acceso al servicio mamoplastia de reducción en las condiciones señaladas es protegido de forma unánime y pacífica en la jurisprudencia constitucional, y fue incluido por el Ministerio de Salud y Protección Social en la Resolución No. 5521 de 2013, “por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”.”

Por consiguiente, esa prescripción no se encuentra en este asunto, no obstante, se remitió precisamente el concepto del médico tratante para la correspondiente valoración por junta médica, la cual, hasta la presentación de esta acción constitucional, no se había ni programado por la EPS COMPENSAR; empero, según la respuesta brindada, dicha omisión quedó superada, puesto que la evaluación quedó programada para el día 18 de noviembre de 2022, situación que se comunicó a la paciente, lo cual fue corroborado por el Despacho en comunicación que se sostuvo, vía telefónica, con la accionante, quien confirmó la comunicación que recibió de la programación de la valoración por Junta Médica para determinar la posibilidad o no de la realización del procedimiento quirúrgico.

En ese orden de ideas, se vislumbra que la accionada EPS en el transcurso del trámite tutelar adelantó las diligencias en pro de llevar a cabo la junta médica para determinar la pertinencia del procedimiento quirúrgico, con lo cual se conjura el propósito de la presente tutela, pues el servicio que se indicaba de negado se programó en una fecha cercana, debiendo recalcar que no está dado al juez de tutela usurpar las facultades de los profesionales de la salud, como se dejó claro en antelación, pues son los únicos con el conocimiento especializado para decidir los servicios médicos asistenciales que requiere el paciente, y menos dar una orden en el sentido que lo pretende la actora, ya que se requiere de la valoración de la condición médica actual de la accionante para tomar una determinación respecto de la reducción reclamada, sin que sea dable adelantarse a las determinaciones de los galenos que conforman la junta para emitir el dictamen en torno a la cirugía que requiere.

Por consiguiente, para este instante no se advierte vulneración a los derechos fundamentales invocados debido a la fijación de la fecha para la Junta Médica, por ende, se encuentra satisfecho el objeto de la presente tutela, por lo que frente

⁵ Sentencia T- 965 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa

a este aspecto es claro que se evidencia una carencia actual de objeto por hecho superado.

Sobre este particular, la H. Corte Constitucional, precisó en la sentencia SU-225 de 2013, que *“la carencia actual de objeto por hecho superado se configura cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela”*. (Negrilla fuera del texto).

En esa medida, el objeto de la acción de tutela se satisfizo con la actuación desplegada por la accionada en el transcurso del presente trámite, con lo cual se torna improcedente el amparo deprecado por la ciudadana ANDREA ALEXANDRA TRONCOSO HOYOS, por carencia actual de objeto por hecho superado.

Con todo, es del caso advertir a la EPS COMPENSAR que, una vez se lleva a cabo la referida junta médica, deberá en el menor tiempo posible comunicar el dictamen adoptado a la señora TRONCOSO HOYOS; igualmente, se prevendrá para que no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron origen a la presentación de esta acción de tutela. Finalmente, se dispone la desvinculación de la ADRES por no tener injerencia en los hechos que originaron la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D. C.**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela interpuesta por la señora **ANDREA ALEXANDRA TRONCOSO HOYOS** contra la **EPS COMPENSAR**, por carencia actual de objeto al existir un hecho superado, acorde las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: ADVERTIR a la **EPS COMPENSAR** que, una vez se lleva a cabo la Junta Médica, deberá en el menor tiempo posible comunicar el dictamen adoptado a la señora TRONCOSO HOYOS. **PREVENIR** a la **EPS COMPENSAR** para que no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron origen a la presentación de esta acción de tutela.

TERCERO: DESVINCULAR a la **ADRES** de la presente acción constitucional por no tener injerencia en los hechos que dieron su origen.

Acción de tutela
Radicado: 110014088040202200142
Accionante: Andrea Alexandra Troncoso Hoyos
Accionado: EPS Compensar

CUARTO: INFORMAR a las partes que la presente decisión puede ser impugnada, en los términos señalados por los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. En el evento en que esta decisión no sea objeto de impugnación, **REMITIR** las diligencias a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GUEYLER ANDREA QUINTERO OSORIO
JUEZ

JUZGADO CUARENTA PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ