



ACCIÓN DE TUTELA

68-001-40-88-016-2021-00109-00

Bucaramanga, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 del 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal, el Despacho entra a resolver la acción de tutela promovida por el ciudadano JACQUELINE ESTHER TABOADA SUAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.580.767, actuando en nombre propio, en contra de SANITAS EPS y MEDISANITAS S.A., para la protección de su derecho fundamental constitucional a la salud y mínimo vital presuntamente vulnerados.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

JACQUELINE ESTHER TABOADA SUAREZ se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social –SGSS- en el régimen contributivo, en calidad de cotizante a través de la Entidad Prestadora de Salud SANITAS EPS, y en la actualidad cuenta con 38 años de edad.

Con ocasión a diagnóstico de síndrome de Asia, ha requerido tratamiento farmacológico y control por medicina interna, con el fin de menguar los síntomas de la reacción autoinmune a las prótesis mamarias, dolor y eritema.

Explica que ante la gravedad de los síntomas y con el ánimo de mejorar su calidad de vida, requiere de manera urgente y prioritaria el retiro de dichas prótesis.

Por lo anterior, acude a la acción de tutela con el fin de obtener el amparo de los derechos fundamentales a través de la atención en salud.

PRETENSIÓN

Solicitó la accionante que se protejan sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, y en consecuencia se resuelva ordenar a SANITAS EPS, autorice y garantice la práctica de procedimiento quirúrgico denominado “extracción de capsula de dispositivo en mama (capsulectomía en mama) y “extracción de dispositivo de mama bilateral”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del pasado siete (7) de septiembre del corriente, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, dentro del cual corrió el respectivo traslado a SANITAS EPS y MEDISANITAS SAS, vinculando de oficio a la ADMINISTRADORA PARA LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES-, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Respuestas obtenidas:

1. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, luego de hacer un recuento del marco normativo de la entidad y del Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





alcance constitucional de los derechos a la salud y vida digna, solicita se excluya a su entidad de la Litis, al considerar que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no ha incurrido en vulneración alguna de los derechos de la accionante, pues a la EPS le corresponde la función indelegable de aseguramiento dentro del sistema general de seguridad social en salud, razón por la cual está obligada a atender todas las contingencias presentadas en la prestación del servicio de salud, sin que pueda en ningún caso retrasarla con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC.

Aclara que ADRES ya transfirió a la EPS un presupuesto máximo con la finalidad de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos y asegurar la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Finalmente, se opone a que por vía de tutela se emita orden de recobro, pues mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020, la ADRES ya transfirió a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud.

Por último, solicita que en las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, no se comprometa la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

2. MEDISANITAS SAS, refirió que la señora JACQUELINE ESTHER TABOADA SUAREZ se encuentra vinculada como usuaria del plan de medicina prepagada plan integral desde el 1 de mayo de 2015, el que está aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud.

Indica que la cirugía de mamoplastia de aumento que se practicó la paciente en el año 2014 y sus secuelas, no están incluidas dentro del contrato de salud de medicina prepagada, por lo que el restablecimiento de su salud debe gestionarse a través de la entidad Sanitas EPS, donde está afiliada a través del régimen contributivo.

3. SANITAS EPS, refirió que la señora JACQUELINE ESTHER TABOADA SUAREZ se encuentra con estado de afiliación activo en calidad de cotizante en el régimen contributivo con un ingreso base de cotización de \$3.031.172.

Indica que la paciente ha recibido toda la atención requerida ordenada por los médicos a cargo y que se encuentra contemplada dentro del plan de salud, habiendo autorizado los servicios requeridos para el manejo de su patología de "complicación mecánica de prótesis e implante de mama".

Por lo anterior, estima que se encuentra cumpliendo con todos los requerimientos de salud de la paciente, por lo que invoca se declare improcedente la solicitud de tutela por cuanto se han garantizado todos los servicios requeridos y la enfermedad descrita por la paciente no está cubierta por el plan obligatorio de salud conforme a lo descrito en la Resolución 00244 de 2019, por lo que al ser una secuela de un procedimiento estético, no puede financiarse con recursos del sistema de salud.

Así mismo, resalta que no resulta procedente la atención médica integral reclamada, dado que no es factible emitir una orden a futuro e incierta, refiriendo que la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza actual e inminente que provenga de autoridad pública o de los particulares, quiere decir ello, que en el momento que el Juez de conocimiento tome la decisión de proteger el derecho fundamental, debe existir la acción u omisión para que pueda producirse una orden judicial que ponga fin a la vulneración o amenaza. Situación que no se presenta en el caso concreto por cuanto estima

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





haber autorizado todos los servicios requeridos por la usuaria, previa orden de los médicos tratantes.

Por lo expuesto, solicita se declare la improcedencia de la solicitud de amparo constitucional, así mismo, en forma subsidiaria, solicita que en caso de concederse el amparo invocado, se disponga el recobro ante el ADRES.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

Antes de realizar el estudio del caso planteado, considera este Despacho que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe en su nombre, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, dicha normativa «*contiene los elementos de procedencia de la acción de tutela, entre ellos, el relacionado con la legitimación en la causa, la cual se entiende como la potestad que tiene una persona para invocar sus pretensiones o controvertir aquellas que se han aducido en su contra. De esta manera, el primero de los eventos se conoce como legitimación en la causa por activa y el segundo como legitimación en la causa por pasiva*»¹.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En la presente causa se advierte que quien acude a la acción de tutela, es directamente la persona ofendida, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el Despacho encuentra que la legitimidad en la causa por activa, se cumple en el caso objeto de estudio.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado. Es así que sobre la legitimación por pasiva de la acción, el Despacho verifica que se cumple con el requisito en la medida que la entidad accionada, SANITAS EPS, es la encargada de garantizar la prestación del servicio público de salud de la tutelante.

En el mismo sentido, se tiene que MEDISANITAS es la entidad con la que la accionante contrató el servicio de medicina prepagada, por lo que se verifica que se cumple el requisito de legitimación en la causa por pasiva, dado que en la medida que la entidad accionada, SANITAS EPS, es la encargada de garantizar la prestación del servicio público de salud de la tutelante.

A su vez, se encuentra legitimada por pasiva la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, pudiendo llegar a soportarse económicamente con cargo a dicha entidad los gastos de atención en salud que se deriven del cumplimiento de dicho contrato.

INMEDIATEZ

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





Entendiendo que este requisito se refiere a que la interposición de la acción de tutela se dé dentro de un término razonable, contado a partir del momento de ocurrencia del hecho alegado como transgresor de los derechos fundamentales, para este Despacho se encuentra satisfecha esta exigencia, toda vez que, el motivo que da lugar a la pretensión de la acción tiene fundamento en la orden proferida el pasado 1 de septiembre, de valoración por especialista en MEDICINA INTERNA.

En consecuencia, al advertir que la presente acción fue interpuesta el 1 de septiembre del corriente, considera este Estrado que ha transcurrido un tiempo razonable, entre la última orden médica y la interposición de la acción de tutela, máxime cuando ha sido un hecho continuado, por lo que en ese orden de ideas, encuentra este Estrado la procedencia de la acción como mecanismo para salvaguardar los derechos alegados por la accionante.

SUBSIDIARIEDAD

Conforme al inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Es preciso establecer que el presente caso debe someterse al procedimiento establecido en la Ley 1122 de 2007 y Ley 1438 de 2011, que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, para la resolución de controversias entre las E.P.S. y sus afiliados.

Si bien, tratándose del derecho a la salud se estima que el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud puede no resultar un medio idóneo ni eficaz para esta persona, máxime que si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo, empero, en el presente evento se tiene que ya existe una providencia judicial que concedió una protección especial para el derecho a la salud del accionante.

PROBLEMAS JURÍDICOS

En esta ocasión, corresponde al Juez de tutela establecer si: (i) ¿Procede la acción de tutela para obtener tratamiento de complicaciones por cirugías estéticas pretendidas por la accionante JACQUELINE ESTHER TABOADA SUAREZ? (ii) ¿Resulta idóneo y eficaz el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud para amparar el derecho fundamental a la salud de una persona que requiere un procedimiento quirúrgico para tratar las secuelas de una cirugía estética? (ii) ¿Se han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y la vida de JACQUELINE ESTHER TABOADA SUAREZ por parte de SANITAS EPS al no garantizar en forma inmediata y efectiva la cirugía de retiro de prótesis mamarias? (iii) ¿Procede el recobro por parte de SANITAS EPS E.P.S. ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD?

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se encuentra contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como el medio más expedito y eficaz para lograr que cesen o se detengan aquellas
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental, no obstante, la misma se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

Esto es, está prevista como un mecanismo procesal, complementario y específico que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es un instrumento de carácter directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Cobertura de procedimientos quirúrgicos de carácter estético y/o funcional a la luz del principio de integralidad del servicio de salud. De acuerdo con la Resolución 5857 de 2018, por medio de la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Sistema General de Seguridad Social en Salud, existen dos tipos de cirugías plásticas: (i) estéticas, cosméticas o de embellecimiento, y (ii) reparadoras o funcionales. Las primeras se realizan "con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente, sin efectos funcionales u orgánicos". La segunda, "se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo".

Esta distinción es fundamental. Mientras que las cirugías plásticas estéticas, cosméticas o de embellecimiento están excluidas del Plan de Beneficios de Salud (PBS), las cirugías plásticas reparadoras o funcionales están cubiertas por este y tienen cargo a la unidad de pago por capitación (UPC), siempre y cuando el médico tratante hubiere catalogado el procedimiento como tal. Corolario de esto es que los recursos públicos asignados a la salud no pueden destinarse a financiar servicios o tecnologías en las que se advierta que la finalidad principal sea meramente cosmética o suntuaria, no relacionada con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha reiterado, en profusa jurisprudencia, que ciertas cirugías plásticas, aun cuando no son reparadoras, de forma tal que tengan un carácter estético, deben ser cubiertas por el sistema de salud, cuando la finalidad principal no es el embellecimiento superfluo sino la recuperación de la dignidad de las personas. De esta manera, ha enfatizado en que "el derecho a la salud y a la vida digna no se limita únicamente al carácter funcional y físico sino que abarca el aspecto psíquico, emocional y social de la persona".

LA GARANTÍA EFECTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LOS PRINCIPIOS DE ACCESIBILIDAD E INTEGRALIDAD (Sentencia T-124 de 2019)

El derecho fundamental a la salud es "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser". Tal garantía es indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales y una vida en condiciones de dignidad. Justamente, su estrecha relación con la dignidad humana, en tanto principio universal de respeto a toda persona, determina su carácter fundamental y justiciable en el ámbito internacional, así como en el ordenamiento constitucional colombiano.

En relación con la salud como derecho, es necesario mencionar que en un primer momento fue catalogado como un derecho prestacional, que dependía de su conexidad con otro de naturaleza fundamental para ser protegido a través de la acción de tutela. Posteriormente, la postura cambió y la Corte afirmó que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que protege múltiples ámbitos de la vida humana. Dicha posición fue recogida en el artículo 2º la Ley Estatutaria 1751 de 2015, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014. Dicha normativa estableció que 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.

De igual forma, establece un mandato directo al Estado para que adopte políticas públicas que aseguren la igualdad de oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.

Tanto la normativa como la jurisprudencia actual disponen que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

Por ende, las EPS desconocen el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios de Salud) cuando aun existiendo las citadas condiciones se rehúsan a prestar el servicio médico.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CUANDO EXISTEN MECANISMOS ORDINARIOS DE PROTECCIÓN. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA (Sentencia T-309 de 2018)

La acción de tutela, como un mecanismo jurisdiccional que tiende por la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de los individuos, se caracteriza por ostentar un carácter residual o subsidiario y, por tanto, excepcional; esto es, parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho como el que nos rige, existen procedimientos ordinarios para asegurar la protección de estos intereses de naturaleza fundamental. Bajo ese entendido, se destaca que el carácter residual de este mecanismo obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la Constitución y la Ley a las diferentes autoridades el cual encuentra fundamento en los principios de autonomía e independencia judicial.

En el caso del derecho a la salud, la Ley 1122 de 2007 en el artículo 41 previó un mecanismo para solucionar las controversias suscitadas entre los usuarios y las EPS con un procedimiento particular revestido de celeridad e informalidad, cuyo trámite está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud.

Dicha norma otorgó facultades jurisdiccionales a la superintendencia para que conozca y resuelva controversias relacionadas con: i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud, o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones que le competen; iii) la multifiliación dentro del sistema, y iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

Posteriormente, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 amplió las competencias jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, incluyendo las controversias que se relacionan con: i) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; ii) recobros entre entidades del sistema y iii) pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. A su vez, determinó la naturaleza del procedimiento como preferente y sumario.

4. De otro lado, esta Corporación, en sentencias C-117^[18] y C-119 de 2008 estudió la constitucionalidad del procedimiento y determinó que se encontraba de acuerdo con el ordenamiento jurídico superior; sin embargo, no se pronunció respecto de su idoneidad y eficacia

En ese sentido, en la actualidad los usuarios del SGSSS cuentan con un mecanismo, en principio, idóneo y eficaz para la protección y restablecimiento de los derechos que se encuentran afectados por la EPS; no obstante, recientemente la Corte ha concluido^[19] que en la estructura del procedimiento se evidencian falencias graves que desvirtúan su idoneidad y eficacia, a saber:

(i) La inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. ^[20]

(ii) La imposibilidad de obtener acatamiento de lo ordenado. ^[21]

(iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos. ^[22]

(iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país. ^[23]

Sobre el primer defecto de este mecanismo, advertido en la sentencia T-603 de 2015, ^[24] se concluyó que la inexistencia de un término para resolver el recurso de apelación implicaría que el trámite tenga una duración indefinida, lo cual, en casos de personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, deja en evidencia que el medio es inidóneo y carece de eficacia.

En relación con la segunda falencia, se observó que el legislador no previó un mecanismo a través del cual sea posible obtener el cumplimiento de lo ordenado, pues si bien la ley buscó remediar dicho vicio a través del artículo 25 de la Ley 1797 de 2016, en el cual dispuso que el incumplimiento de lo ordenado en dicho trámite judicial acarreará las mismas consecuencias que el desacato de una decisión de tutela, también omitió fijar **(i) el procedimiento a través del cual se declarará el desacato, (ii) de qué manera se efectuará el grado jurisdiccional de consulta, y (iii) ante quien se surtirá dicha actuación.** ^[25]

Respecto de la tercera crítica, con base en una investigación realizada recientemente se demostró que la Superintendencia Nacional de Salud no ha logrado cumplir con el término legal de 10 días con el que cuenta para proferir sus decisiones, dificultando superar con celeridad las solicitudes de los peticionarios. ^[26]

Sobre la última falla, esta Corporación señaló que se debía tener muy presente la falta de sedes de la superintendencia de salud a lo largo del territorio nacional, en especial en aquellos lugares que se encuentran alejados de la capital y de las ciudades principales del país. Asimismo, comparó el acceso a la Superintendencia Nacional de Salud con la posibilidad de un peticionario para acudir a las autoridades judiciales, la cuales se encuentran en casi todos los lugares distantes. ^[27]



5. Adicionalmente, y como consecuencia de lo anterior, esta Corte en sentencia T-710 de 2017 estableció los criterios para determinar si la acción de tutela desplaza la facultad jurisdiccional conferida a la superintendencia de salud, estos son:

(i) la existencia de riesgos fundamentales de particular importancia como la vida, la salud o la integridad de las personas;

(ii) que el procedimiento previsto no lograría dar una respuesta efectiva a la solicitud –por ejemplo porque la pretensión no está comprendida por las facultades- o reviste tal grado de urgencia que, de no intervenir el juez de tutela, los intereses antes referidos se afectarían. Para efectos de valorar la idoneidad y eficacia deberá considerarse;

(iii) si en el domicilio del accionante no existen oficinas de la referida superintendencia o;

(iv) que el accionante no puede contar con acceso a internet para presentar el reclamo judicial correspondiente y efectuar el seguimiento respectivo^[281]. (Subrayado fuera del texto original)

En síntesis, en los eventos en los cuales se evidencia el desconocimiento de derechos fundamentales de una persona y se requiere de una mediación inmediata de la autoridad judicial, -como consecuencia de su particular situación-, el procedimiento jurisdiccional establecido en la Ley 1122 de 2007 y modificado por la Ley 1797 de 2016 carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales.

DEL RECOBRO ANTE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES -

Es importante señalar que la E.P.S tiene la obligación de suministrar todo lo que necesite la persona para recuperar sus funciones básicas o para llevar sus dolencias en forma digna y cuando estos elementos no estén contemplados dentro del Plan de Beneficios en Salud la entidad no se desliga de su obligación, pues tiene derecho a hacer recobro ante la ADRES, ya que se entiende que no se pueden imponer cargas onerosas a las entidades más allá de lo que legalmente pueden y deben soportar.

Por lo tanto, el recobro opera por ministerio de la ley, sin que haya necesidad de orden judicial que lo disponga, recuérdese que la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, estableció:

«6.2.1.2. Órdenes específicas a impartir» dispuso: "ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.»

Y, frente a la orden de recobro de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, es menester traer a colación la tesis manejada por la Corte Constitucional:

«Ahora bien, desde la perspectiva de que al Estado le asiste la Obligación subsidiaria de asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en los planes de beneficios, la Corte, atendiendo a los mandatos contenidos en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, ha concluido que el reembolso de los costos de los servicios de salud No POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.



Por su parte, la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios no POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) Y 715 de 2001 (art. 43), las cuales, además de atribuirle a "las direcciones locales, Distritales y Departamentales de salud" y a "los fondos seccionales, distritales y locales de salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado»²

Así las cosas, no le corresponde al Juez Constitucional ordenar recobros al ADRES y/o Secretaria de Salud, puesto que el mismo opera por ministerio de ley, igualmente, el recobro es un derecho constitucional y legal que tienen las E.P.S.

CASO CONCRETO

En cuanto al caso bajo estudio, se tiene que JACQUELINE ESTHER TABOADA SUAREZ se encuentra afiliada en calidad de cotizante al régimen contributivo, a través de SANITAS EPS, paciente de 38 años de edad que presenta diagnóstico de síndrome de ASIA, y en la actualidad requiere en forma urgente el retiro de prótesis mamarias conforme a orden emitida por MEDICINA INTERNA, con el fin de disminuir síntomas relacionados con reacción alérgica autoinmune a implantes de mama.

La accionada SANITAS EPS, negó la práctica de procedimiento quirúrgico al ser considerado estético.

Por lo anterior, ante la negativa presentada en su atención, estima la accionante la necesidad de contar con una orden constitucional en aras de restablecer su salud, dado que no cuenta con los recursos económicos para solventar el procedimiento en forma particular, pues la colocación de los implantes se hizo en el año 2014, y actualmente, su situación económica ha variado, tiene un hijo de 5 años y además su progenitora depende económicamente de ella.

Así las cosas, sea lo primero advertir que según lo preceptuado en el artículo 49 Superior, la atención en salud es un servicio público y el Estado debe garantizar a las personas, el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud.

En virtud del desarrollo jurisprudencial y posteriormente con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud fue reconocido como fundamental, autónomo e irrenunciable. Ahora bien, la salud como derecho, comprende la posibilidad de acceder a los servicios médicos que una persona "requiere" para el manejo de una patología que presenta, es decir, a aquellos que son "indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal".

Ahora bien, de la historia clínica aportada por la accionante, se evidencia la urgencia en la necesidad del tratamiento ordenado en torno al síndrome autoinmune o síndrome de ASIA, depresión, insomnio, dolor, eritema, problemas de la piel y tejidos blandos con relación temporal de prótesis mamarias como desencadenante, por lo cual se indicó por el médico, retiro de prótesis por cirugía plástica.

En torno a este asunto, la H. Corte Constitucional ha referido que el derecho a la salud no puede limitarse únicamente a padecimientos físicos, dado que el componente psíquico, emocional y social también hacen parte del derecho a la salud.

² Corte Constitucional, sentencia T – 438 de 2009, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

Dicha cirugía, según la observación del médico a cargo, es indispensable en aras de mejorar los síntomas padecidos por la paciente. Si bien es cierto, la accionada ha garantizado la atención médica en torno a la entrega de medicamentos, se ha negado a autorizar la intervención quirúrgica, siendo este el único tratamiento que disminuiría los síntomas producidos por su enfermedad, según el galeno tratante.

De lo anterior se evidencia que la entidad accionada SANITAS EPS no ha procurado salvaguardar los derechos fundamentales de la afectada, pues su omisión en torno a materializar el servicio de salud, evidencia la negligencia en la que ha incurrido al no darle el trámite eficaz y correspondiente al tratamiento que requiere la paciente, con lo cual desconoce el criterio del médico tratante que ordenó la práctica de la cirugía con el fin de disminuir los síntomas físicos que padece la paciente, arguyendo tratarse de un procedimiento estético, sin embargo, el médico interno fue enfático en señalar que necesita el retiro de las prótesis para mejorar su calidad de vida, argumento que se opone a los principios de oportunidad y protección integral en la prestación del servicio de salud.

Lo anterior como quiera que estos se encuentran consagrados en el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 1011 de 2006 y en el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, en los cuales se advierte que las E.P.S. junto con su Red Prestadora de Salud, se encuentran en la obligación de prestar atención en salud a sus afiliados bajo los criterios de cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, para lo cual corresponde a las E.P.S., la celebración de los contratos que sean necesarios para el cumplimiento de tales obligaciones.

La entidad accionada, de forma caprichosa y desobligada, ha omitido garantizar el servicio médico a la usuaria, impidiendo con ello que ejerza en forma debida su derecho a la salud, pues de nada le sirve a la accionante contar con la entrega de medicamentos, servicios con las que aparentemente le garantizan este derecho, sin poder acceder a la valoración de seguimiento ordenada por el galeno en la atención del mes de septiembre, máxime cuando la cirugía requerida está incluida dentro del plan obligatorio de salud por tratarse de un aspecto médico o funcional, la consulta ordenada no tiene alternativa en su tratamiento, fue ordenada por el mismo médico especialista que brinda tratamiento a través de los servicios de la EPS y la accionante carece de los recursos económicos para sufragar dichos costos y el posterior inicio de tratamiento.

Al respecto, la H. Corte Constitucional refiere:

"Cobertura de procedimientos quirúrgicos de carácter estético y/o funcional a la luz del principio de integralidad del servicio de salud:

De acuerdo con la Resolución 5857 de 2018, por medio de la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Sistema General de Seguridad Social en Salud, existen dos tipos de cirugías plásticas: (i) estéticas, cosméticas o de embellecimiento, y (ii) reparadoras o funcionales. Las primeras se realizan "con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente, sin efectos funcionales u orgánicos". La segunda, "se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo".

Esta distinción es fundamental. Mientras que las cirugías plásticas estéticas, cosméticas o de embellecimiento están excluidas del Plan de Beneficios de Salud (PBS), las cirugías plásticas reparadoras o funcionales están cubiertas por este y tienen cargo a la unidad de pago por capitación (UPC), siempre y cuando el médico tratante hubiere catalogado el procedimiento como tal. Corolario de esto es que los recursos públicos asignados a la salud no pueden destinarse a financiar servicios o tecnologías en las que se advierte que la



finalidad principal sea meramente cosmética o suntuaria, no relacionada con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.”

Ciertamente, deberá entenderse que la prestación reclamada se requiere por extrema necesidad, al punto que sin ella no se podría asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales. Y este planteamiento encuentra su justificación jurisprudencial en la misma sentencia C-313 de 2014, que indicó que: *“al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15 la ley 1751 de 2015, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como ‘requerido con necesidad’, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud (...)”*

Lo cierto es que los servicios médicos con fines cosméticos no pueden ser cubiertos con cargo a los recursos del Plan de Beneficios en Salud, sin embargo, en este caso, estos servicios, tienen clara relación con la recuperación, restablecimiento o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de la accionante, pues, como lo indica su médico tratante, la “extracción de capsula de dispositivo en mama (capsulectomía en mama) y “extracción de dispositivo de mama bilateral” es indispensable para el tratamiento y rehabilitación de sus patologías.

Contrario a lo expuesto por la EPS, la cirugía requerida no se trata de un procedimiento quirúrgico con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgánicos, sino que se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales.

En este caso, los efectos secundarios o las complicaciones derivadas de una cirugía estética, comprometen muy gravemente la funcionalidad de los órganos o tejidos originalmente intervenidos o de otros órganos o tejidos del cuerpo que no fueron objeto de dicha cirugía inicial, y esa circunstancia desborda el alcance de lo que podría entenderse como efectos secundarios o complicaciones previstas científicamente para cada tipo de cirugía estética, en cuyo caso se impone la necesidad dar una interpretación a la norma que excluye la atención en salud a la luz de los principios *pro homine* y de integralidad del servicio de salud³.

Así, si bien la accionada manifiesta estar cumpliendo a cabalidad en la prestación de los servicios médicos, se tiene que a pesar de que la orden fue proferida por un médico de la entidad y sustentó la necesidad del tratamiento, la misma fue negada, de tal manera que la vulneración del derechos, resulta ostensible.

De igual forma, este Estrado estima que en este caso, la intervención del Juez Constitucional se hace necesaria para velar por los derechos fundamentales de la paciente, toda vez que cuenta con especial protección constitucional, pues presenta una grave patología de salud y por ende debe recibir tratamiento médico oportuno ante toda la sintomatología surgida, pues es indispensable descartar una complicación que de no ser tratada oportunamente.

Finalmente , respecto al recobro ante la ADRES, es pertinente indicar que el recobro es un derecho legal que les asiste a todas las Entidades Promotoras de Salud conforme lo dispone el Decreto 806 de 1998, por lo que es innecesaria una orden de tutela en tal sentido, es decir se genera por el ministerio de la ley, siendo la acción de tutela inocua para atender aspectos puramente administrativos, en tanto la misma está diseñada para proteger los derechos fundamentales, no para atender pagos o prestaciones económicas que de suyo no deben ser reclamadas por ésta vía ius fundamental.

³ T-579 de 2017.



Con fundamento en las razones fácticas y probatorias, el **JUZGADO DIECISEIS (16) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA (S)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la SALUD, y DERECHO AL DIAGNÓSTICO de JACQUELINE ESTHER TABOADA SUAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 63.298.047, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - ORDENAR al representante legal y/o a quien haga sus veces de SANITAS EPS, que en el término de DOS (2) DÍAS contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a autorizar y realizar a la usuaria JACQUELINE ESTHER TABOADA SUAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 63.298.047, la práctica del procedimiento quirúrgico de "EXTRACCIÓN DE CAPSULA DE DISPOSITIVO EN MAMA (CAPSULECTOMIA EN MAMA) Y "EXTRACCIÓN DE DISPOSITIVO DE MAMA BILATERAL O RETIRO DE IMPLANTES MAMARIOS", conforme a lo ordenado por el médico tratante, y conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE el recobro -por vía de tutela- de SANITAS EPS., ante la ADRES, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

CUARTO.- DESVINCULAR A MEDISANITAS PREPAGADA SAS al no hallar grado de responsabilidad alguno en este asunto constitucional.

QUINTO. -COMUNICAR a las partes que contra este fallo procede la impugnación dentro del término de tres (03) días contados a partir de la notificación de la sentencia. De no impugnarse, envíese al día siguiente de su firmeza, ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO.- NOTIFICAR por el medio más idóneo, a las partes el contenido del fallo librando para ello las comunicaciones de ley. Una vez regrese el expediente de la Honorable Corte Constitucional, se ordena el archivo definitivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Angela Johanna Castellanos Barajas
Juez
Juzgado Municipal
Penal 016 Control De Garantías
Santander - Bucaramanga

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura**

**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

Código de verificación: **0839d46da141d0d1c15c5356a92bf2b1e67429186de25d87eb98bb4660cd8928**

Documento generado en 20/09/2021 09:45:37 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**