

Sentencia T-490/20

Referencia: Expediente T-7.531.334

Solicitud de tutela presentada por Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno en contra de Anas Wayuu E.P.S.I.

Magistrado sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D. C., veinte (20) de Noviembre de dos mil veinte (2020)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, profiere la siguiente sentencia al revisar los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Maicao el 16 de octubre de 2018, y en segunda instancia, por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Maicao el 26 de noviembre de 2018, dentro del proceso de tutela adelantado por Lorena Paternina Vizcano, en contra de Anas Wayuu E.P.S.I.¹.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y solicitud

1.1. La señora Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno presentó solicitud de tutela en contra de Anas Wayuu E.P.S.I., con el propósito de que sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social fueran amparados. Lo anterior, debido a que la E.P.S.I. se negó a practicarle los procedimientos médicos ordenados por el médico tratante y, que corresponden a tratamientos postquirúrgicos de la cirugía de bypass bariátrica que le fue practicada en noviembre de 2016.

En efecto, como resultado de una tutela contra CAPRECOM, el 15 de septiembre de 2015 fue ordenada la cirugía de bypass bariátrica a la señora Paternina Vizcaíno que se practicó en noviembre de 2016. Como consecuencia de esta cirugía perdió 51 kilos de peso, pero la flacidez y el exceso de piel han limitado su funcionalidad para algunas actividades cotidianas.

En atención a las recomendaciones del médico especialista se le han ordenado una serie de procedimientos para completar el proceso de recuperación de su funcionalidad total. Dichos procedimientos consisten en: *(i)* reconstrucción

¹ El expediente de la referencia fue seleccionado por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez, mediante auto del 18 de octubre de 2019, y notificado el 1 de noviembre del mismo año (Folios 6 y 23 del cuaderno I).

mamaria bilateral con colgajos; (ii) abdominoplastia en círculo funcional; y (iii) braquioplastia bilateral².

Con ocasión de la liquidación de la E.P.S. CAPRECOM la accionante fue reasignada a Anas Wayuu E.P.S.I. y los procedimientos postquirúrgicos le fueron interrumpidos.

1.2. El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Maicao, La Guajira, mediante Auto del 2 de octubre de 2018, admitió la demanda y corrió traslado a la entidad accionada para que se pronunciara al respecto. De igual manera, vinculó a la Secretaría de Salud Departamental y al Ministerio Público.

2. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas

2.1. **Anas Wayuu E.P.S.I.** dio respuesta a la solicitud del Juzgado Segundo Promiscuo e informó que, desde el momento de afiliación de la actora, la E.P.S.I. ha venido garantizando la prestación de los servicios que establece el Plan de Beneficios en Salud definidos en la Resolución 5269 de 2017³. De igual manera, indicó que el 5 de julio de 2018 autorizó la valoración por especialidad de cirugía plástica y se estableció que la actora presentaba “*secuelas de flacidez de piel y tejidos blandos*”, como consecuencia de la cirugía realizada en septiembre de 2016⁴.

La E.P.S.I. sostuvo que los hallazgos encontrados en la valoración no limitan la funcionalidad de la actora. Por el contrario, manifestó que el médico tratante se limitó a resumir las secuelas producto del proceso secundario de un bypass, dentro del contexto de obesidad mórbida del paciente. De igual manera, la E.P.S.I. precisó que estos hallazgos no determinan ningún tipo de disfuncionalidad y que los procedimientos solicitados “*quedan enmarcados en el límite de las cirugías con fines estéticos*”, que no hacen parte del plan de beneficios en salud, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015⁵.

2.2. La **Secretaría de Salud Departamental de La Guajira** dio respuesta a la solicitud del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal y expresó que las Entidades Promotoras de Salud de cada régimen son las responsables de cumplir

² Folio 13 del cuaderno II.

³ La E.P.S.I. manifiesta que la actora se encuentra afiliada a esa entidad desde el 1 de abril de 2017 en el régimen subsidiado, por asignación forzosa desde la E.P.S. CAPRECOM, luego de la resolución de revocatoria de la misma por parte de la SUPERSALUD.

⁴ En la valoración médica, el especialista en salud determinó que en la historia clínica de la actora se indica una pérdida de peso de 51 kg, con secuelas de flacidez de piel y tejidos blandos en la enfermedad actual. De igual manera, informa que la actora cuenta con una “flacidez mamaria con ptosis mamaria severa, estrías atróficas, no masas”. Por otra parte, en el abdomen, reporta que la actora tiene flacidez con exceso de piel en abdomen bajo estrías atróficas, al igual que en el área de los brazos.

⁵ La E.P.S.I. manifiesta que este tipo de procedimientos tienen fines cosméticos y no son financiados por la UPC, de conformidad con el artículo 126 de la Resolución 5269 de 2017 y la Resolución 5267 de 2017. Igualmente, precisa que la jurisprudencia constitucional ha determinado que el Plan de Beneficios en Salud excluye los servicios médicos con fines cosméticos o suntuarios que no tengan relación alguna con la recuperación, restablecimiento o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas (Sentencia T-579 de 2017).

con las funciones indelegables del aseguramiento, así como el acceso efectivo a los servicios de salud y la garantía en la calidad de su prestación⁶.

La Secretaría informó que, en aquellos casos en los que se soliciten medicamentos y/o procedimientos de tecnologías en salud no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, se establece el procedimiento de cobro y pago de los servicios de conformidad con la Resolución 1479 de 2015. Por otra parte, manifestó que la Resolución 5395 de 2013 establece el procedimiento que deben implementar las E.P.S para presentar las facturas con los soportes que define la resolución.

La Secretaría insistió en que las E.P.S de cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables de aseguramiento y de articular los servicios que garanticen un acceso efectivo. Igualmente, sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en establecer el derecho a la continuidad en el servicio de salud y el deber de las E.P.S. de garantizar un acceso efectivo a los servicios de salud, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁷.

2.3. La Procuraduría no dio respuesta al requerimiento realizado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Maicao, La Guajira.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1 Decisión del juez de primera instancia

En providencia del 16 de octubre de 2018, el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Maicao** decidió amparar los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad de la señora Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno y ordenó al representante legal de Anas Wayuu E.P.S.I. que garantizara los procedimientos quirúrgicos ordenados por el médico tratante⁸.

El Juzgado afirmó que si bien la legislación y reglamentación del sistema de salud establecieron el Plan de Beneficios en Salud con el propósito de salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, dicha regla no siempre es obligatoria. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que para negar un tratamiento o medicamento que no se encuentre dentro del PBS, se debe estudiar el caso concreto para determinar si procede o no⁹.

⁶ De acuerdo con las disposiciones de la Ley 1122 de 2007, en su artículo 14 establece que: “Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado. (EPS’S). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento”.

⁷ Sentencia T-361 de 2014.

⁸ Folio 51 del cuaderno II.

⁹ Sentencia T-595 de 1999 y SU-480 de 1997.

Adicionalmente, precisó que si bien es cierto que las cirugías estéticas y procedimientos de cirugía plástica se encuentran excluidos del PBS¹⁰, la Corte Constitucional ha avalado su realización cuando se trata de cirugías plásticas reconstructivas con fines funcionales. Esto es, cuando se demuestre que una cirugía de carácter estético se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento del órgano o con miras a impedir afecciones psicológicas que permitan a la persona llevar una vida en condiciones dignas¹¹. Lo anterior, siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera.

3.2. Impugnación

Anas Wayuu E.P.S.I. impugnó la sentencia argumentando que los procedimientos ordenados por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Maicao tienen un propósito cosmético o suntuario que no se encuentran relacionados con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de la accionante¹².

De igual manera, la E.P.S.I. afirmó que la entidad no podía garantizar los procedimientos quirúrgicos en el plazo ordenado por el juez de primera instancia, de 48 horas, pues para poder realizar dichos procedimientos, la accionante debía realizarse primero unos exámenes y valoraciones prequirúrgicas para garantizar el control del riesgo quirúrgico.

3.3. Decisión del juez de segunda instancia

En providencia del 26 de noviembre de 2018, el **Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Maicao** decidió revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo constitucional solicitado por la accionante. Para el Juzgado Promiscuo existen dos tipos de modalidades de cirugía plástica, una con fines de embellecimiento y otra para mejorar la funcionalidad de algún órgano. En este último caso se podría ordenar la práctica de la cirugía con cargo a los recursos de salud.

Advirtió que, en el caso analizado y de conformidad con la información que obra en el expediente, la flacidez y exceso de piel constituyen una consecuencia natural de la cirugía bypass a la que se sometió la accionante y que, dado que dicha flacidez no conlleva una afectación de su funcionalidad ni compromete su salud en ningún grado, no procede el amparo solicitado.

3.4 Actuaciones en sede de revisión

En escrito del 17 de mayo de 2019, Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno le solicitó a la Corte Constitucional que revisara la decisión del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito que decidió revocar la decisión de primera instancia y que le negó el amparo constitucional solicitado. La actora manifestó que, debido

¹⁰ Artículo 8 de la Resolución 5521 de 2013.

¹¹ Sentencia T-597 de 2010.

¹² Folio 66 del cuaderno II.

al exceso de piel que tiene en este momento, se ve obligada a usar fajas que le facilitan la movilidad para realizar labores diarias personales y domésticas. De igual manera, indicó que los procedimientos quirúrgicos ordenados por el médico tratante le ayudarían a eliminar la presión psicológica a la que se ve sometida diariamente cuando se ve limitada a realizar diferentes actividades de desarrollo y superación personal o cuando contempla su cuerpo en tal estado. Por otra parte, afirma que es madre de dos menores de edad, con quienes no puede compartir momentos claves en su vida.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Examen de procedencia de la acción de tutela

Antes de pronunciarse de fondo sobre el presente caso, la Sala verificará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, a saber (i) legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiaridad.

2.1.1. Legitimación activa y pasiva

Legitimación en la causa por activa. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”.

En esta oportunidad, la demanda de tutela fue presentada por la señora Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno, en nombre propio, por considerar que sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social fueron vulnerados. Por esta razón, la Sala encuentra cumplido el requisito de legitimación por activa.

Legitimación en la causa por pasiva. El artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 establecen que la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, en contra de particulares.

Por otra parte, el artículo 49 de la Constitución establece que el servicio público de salud se encuentra en cabeza del Estado, quien tiene la responsabilidad de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud a los habitantes, así como de establecer las políticas para la prestación del servicio por las entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Por su parte y de conformidad con literal e) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, “las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y

la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras”.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que las Entidades Promotoras en Salud (EPS), en cuanto prestadoras de un servicio público, pueden generar, por acción u omisión, una amenaza o perjuicio a las garantías *ius fundamentales*. Por consiguiente, la tutela resulta procedente contra las EPS cuando se pretenda que actúen o se abstengan de hacerlo a fin de hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos¹³.

En el presente caso, la tutela se encuentra dirigida contra la Entidad Promotora de Salud, Anas Wayuu E.P.S.I., a la cual se encuentra afiliada la accionante. Esta entidad, al encontrarse encargada de prestarle los servicios correspondientes dentro de los parámetros que establece la Ley 100 de 1993, se encuentra legitimada por pasiva.

2.1.2. Inmediatez

En lo que respecta al requisito de inmediatez, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reiterado que la tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Lo anterior, en tanto la inmediatez tiene como propósito preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados.

En el presente caso, la Sala observa que la tutela cumple con el requisito de inmediatez, pues la accionante presentó la demanda el 1 de octubre de 2018 y las valoraciones médicas que ordenaron los procedimientos quirúrgicos son del 18 de mayo de 2018 y del 5 de junio del mismo año. La demanda fue presentada por la actora dentro del tiempo prudencial que ha señalado la jurisprudencia constitucional.

2.1.3. Subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política, en su inciso 4º, establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la tutela, al determinar que la misma procede *“cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. Del mismo modo, el inciso 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que la tutela es procedente cuando no existan otros mecanismos de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentra el solicitante.

En relación con las controversias suscitadas entre los usuarios y las Entidades Prestadoras de Salud, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 vigente a la fecha

¹³ Sentencias T-770 de 2011, T-673 de 2017 y T-436 de 2019.

de presentación de la tutela, ya asignaba facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para conocerlas y decidir sobre ellas¹⁴. En esta medida, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia tiene carácter principal en las controversias relacionadas con asuntos de su competencia y que el juez de tutela reviste una competencia residual y subsidiaria. De este modo, ha declarado la improcedencia de la tutela en los casos en donde los peticionarios no han agotado el trámite ante la Superintendencia¹⁵.

Sin embargo, esta Corporación también ha resuelto que hay situaciones en las que la tutela es procedente a pesar de no haber acudido ante la Superintendencia¹⁶. En particular, cuando se requería brindar una protección efectiva para evitar un perjuicio irremediable o, cuando dadas las circunstancias, el mecanismo ordinario no resultaba idóneo. Estos eventos se refieren en especial a la protección urgente de derechos fundamentales o cuando concurren otras circunstancias particulares que hacen imperativa la intervención del juez constitucional¹⁷.

Respecto de la idoneidad y eficacia de esta acción en la Sentencia T-114 de 2019, la Sala Sexta de Revisión encontró que *“el mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del SGSSS ante la Superintendencia de Salud resulta ineficaz, pues como se constató en la Audiencia Pública celebrada en el marco del seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, la entidad no cuenta*

¹⁴ El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 ha sido modificado por la Ley 1438 de 2011 y más recientemente por la Ley 1949 de 2019. Para la época de la presentación de la tutela, antes de la entrada en vigor de la última reforma, la norma ya establecía que la Superintendencia Nacional de Salud contaba con facultades para conocer y resolver controversias relacionadas con denegación de servicios que no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, hoy Plan de Beneficios en Salud – PBS, entre otras. De igual manera, esta disposición establecía que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia debía desarrollarse mediante un procedimiento informal, preferente y sumario, con términos variables para dictar sentencia que oscilaban entre los 20, 60 y 120 días.

¹⁵ Sentencias T-679 de 2017 y C-119 de 2008. En particular, en las Sentencias T-558 de 2014, T-603 de 2015, T-633 de 2015, T-425 de 2017 la Corte Constitucional determinó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para resolver las controversias planteadas por los accionantes y que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es el mecanismo principal para resolver las disputas que se presenten entre las entidades que hacen parte del SGSSS y los usuarios.

¹⁶ En las sentencias T-178 de 2017 y C-119 de 2008, la Corte precisó que: *“según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente.*

¹⁷ En la Sentencia T-020 de 2018, esta Corporación indicó que si bien el mecanismo administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud podría calificarse como idóneo, la norma no establecía un término preciso para resolver el recurso de impugnación, ni establecía un medio para obtener de forma efectiva el cumplimiento de la decisión.

con la capacidad organizativa para resolver de fondo y en un término razonable la controversia planteada por el accionante”¹⁸.

Y concluyó, en relación con este punto que:

“En consecuencia, es posible concluir que, de conformidad con lo expresado por el Superintendente de Salud a la Sala Plena de la Corte Constitucional, la entidad tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos que se le presentan de conformidad con lo establecido en la Ley. Por lo tanto, mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS, razón por la cual la acción de tutela es el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante”.

En esta medida, esta Sala de Revisión considera que, en el presente caso, la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad para la protección del derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de la señora Ayinis Lorena Paternina Vizcano.

Debe precisar la Sala que las consideraciones anteriores se enmarcan dentro de la vigencia del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 reformada por la Ley 1438 de 2011 y, en todo caso, antes de la vigencia de la Ley 1949 de 2019 cuya expedición tuvo como fin fortalecer *“la capacidad institucional de la Superintendencia Nacional de Salud en materia sancionatoria”* y redefinir las competencias de la Superintendencia *“en lo que respecta a la función jurisdiccional”*, entre otros aspectos¹⁹.

3. Planteamiento del problema jurídico

Corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si la Anas Wayuu E.P.S.I. vulneró el derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de la señora Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno, al negarle los procedimientos médicos

¹⁸ En el marco del seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 se adelantó una Audiencia Pública, con el propósito de verificar las problemáticas estructurales que presenta dicho sistema, así como las soluciones que permitan avanzar en la efectiva superación de los obstáculos para el goce efectivo del derecho a la salud. En la diligencia celebrada el 6 de diciembre de 2018, la Superintendencia Nacional de Salud señaló que: *“(i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días que les otorga como término la ley; (ii) por lo anterior, existe un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son su mayoría y entre las que se encuentran la reclamación de licencias de paternidad; (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital”* (negritas por fuera del texto original).

¹⁹ Cfr. Artículo 1 de la Ley 1949 de 2019

ordenados por el médico tratante, que corresponden a tratamientos postquirúrgicos de la cirugía de bypass que le fue practicada en el año 2016.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala estudiará los siguientes temas: (i) acción de tutela y cirugías plásticas reconstructivas con fines funcionales, reiteración jurisprudencial, y luego (ii) resolverá el caso concreto.

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

Como se mencionó anteriormente, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que puede ser amparado a través de la tutela. Este carácter fundamental es reiterado por la Ley 1751 de 2015, ley estatutaria en salud²⁰ y ha sido reconocido así por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. Sin embargo, que el derecho a la salud sea un derecho fundamental no implica que sea un derecho absoluto, pues admite límites de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que establece la norma estatutaria.

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

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha sido enfática en que *“el derecho constitucional fundamental a la salud cuya efectiva garantía se relaciona estrechamente con la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad no solo debía protegerse cuando las personas se hallaban en peligro de muerte, sino que [abarca] la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello [fuera] posible, cuando estas condiciones se [encontraban] debilitadas o lesionadas y [afectarán] la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”*²¹

De igual manera, este Tribunal Constitucional ha establecido como regla general que, en aquellos casos en los cuales el médico tratante ordene un servicio excluido dentro del PBS que sea vital para la salud, la vida digna e

²⁰ Artículo 2° de la Ley 1751 de 2015 que establece que: *“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”*.

²¹ Sentencias T-038 de 2007 y T-159 de 2015.

integridad del paciente, y que no pueda ser sustituido por otro servicio incluido dentro del PBS, resulta procedente de manera excepcional la autorización y/o suministro del servicio médico. En estos eventos, la Corte Constitucional ha fijado las siguientes reglas para ordenar tratamientos o servicios no incluidos dentro del PBS²²:

La **primera** regla establece que la medida para determinar en qué grado la falta de servicio es necesaria, debe enfocarse en la búsqueda por mantener unas condiciones de vida digna al paciente. La **segunda** exigencia se concentra en que la prestación reclamada por el ciudadano debe contar con un respaldo científico en lo que se refiere a efectividad y calidad y que la misma no pueda suplirse por un medicamento, insumo o procedimiento que sí se encuentre en el PBS y que sirva para el mismo propósito²³.

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

El **cuarto** presupuesto, es que el Estado, a través de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, es quien debe cubrir exclusivamente aquellas prestaciones cuyo destinatario no se encuentra en capacidad de solventar. En esta medida, la situación económica del solicitante debe ser evaluada con fundamento en los criterios de racionalidad y proporcionalidad y con el propósito de determinar si la persona o sus familiares cuentan con los recursos económicos para sufragar el medicamento, el elemento o procedimiento solicitado o si el mismo debe ser asumido por el Estado²⁴.

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

²² Estos criterios fueron definidos taxativamente por la Sentencia T-760 de 2008 y fueron reiterados por las Sentencias T-610 de 2013 y T-322 de 2018. “1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

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

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

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

²³ Sentencia T-322 de 2018.

²⁴ Sentencias T-414 de 2016 y T-322 de 2018.

que permitan a la persona llevar una vida en condiciones dignas, la realización del procedimiento es procedente a través de la E.P.S., siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera²⁵.

En esta medida, las Entidades Promotoras de Salud no pueden negar la prestación de un servicio de salud, bajo el argumento de que las cirugías plásticas se encuentran excluidas del PBS, sin antes demostrar con debido soporte médico y con el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social²⁶.

Por otra parte, en aquellos casos en donde el profesional en medicina considere que el tratamiento que debe seguir la persona se trata de un insumo, procedimiento, medicamento o tecnología excluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la unidad de pago por capitación (PBSUPC), el médico tratante debe hacer su prescripción a través del aplicativo MIPRES, administrado por el Ministerio de Salud y Protección Social. Con base en esta orden, la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente, deberá tramitar la entrega efectiva del servicio PBSUPC, según el modelo de suministro de los servicios que haya elegido el departamento donde opere la E.P.S y de conformidad con lo establecido en la Resolución 1885 de 2018²⁷.

En estos casos, la labor del usuario dentro del trámite administrativo que se surte entre la EPS, IPS y el ente territorial es totalmente pasiva, es decir que no interviene en el procedimiento de autorización, consecución de proveedores o instituciones prestadoras de salud, incluso cuando el paciente se encuentre hospitalizado. De allí que, al ser un trámite administrativo en el cual no interviene el paciente, la E.P.S no le debe trasladar a él cargas como el trámite de autorizaciones, solicitudes de cotización o consecución de proveedores de servicios, insumos o medicamentos²⁸.

5. Caso concreto

Esta Sala encuentra que los procedimientos quirúrgicos ordenados a la accionante por el médico tratante -aparentemente excluidos del PBS-, buscan corregir problemas generados por el diagnóstico de obesidad mórbida de la accionante y están orientados a dar solución a las secuelas que quedaron de la

²⁵ En casos similares, la Corte Constitucional ordenó a la Entidad Promotora en Salud autorizar la realización del procedimiento quirúrgico denominado “*dermolipectomía bilateral de muslos y corrección de ptosis mamaria bilateral*”, requerida por la accionante, al considerar que “*las cirugías ordenadas por el médico tratante, son cirugías de carácter reconstructivo funcional, por cuanto buscan corregir los problemas generados en la paciente por la obesidad mórbida y la posterior realización del bypass gástrico como procedimiento para su tratamiento*” Sentencias T-975 de 2010, reiterado por la Sentencia T-573 de 2013. Ver también Sentencias T-975 de 2010 y T-142 de 2014, T-579 de 2017.

²⁶ Sentencias T-159 de 2015, T-579 de 2017 y T-003 de 2019.

²⁷ Resolución 1885 de 2018, por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.

²⁸ Lo anterior fue reiterado por la Sentencia T-436 de 2019.

cirugía de bypass bariátrico que le fue practicada a la actora en 2016. Por consiguiente, para esta Sala es claro que dichos procedimientos no pueden ser calificados como una cirugía plástica “estética” o “cosmética”, pues cumplen fines reconstructivos funcionales que buscan impedir afectaciones físicas y psicológicas en la vida de la actora y que le permitirán llevar una vida en condiciones dignas.

Además, esta Sala considera que, en aplicación del principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, en el caso bajo estudio, la entidad accionada ha debido garantizarle todos los insumos médicos y procedimientos quirúrgicos necesarios a la señora Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno para obtener una recuperación satisfactoria a su problema de obesidad mórbida, pues dicho padecimiento no se agota con la sola práctica de la cirugía de bypass bariátrica. Lo anterior, como fue manifestado en el escrito de tutela, porque la accionante no solo se ve obligada a usar fajas que le faciliten su movilidad y le permitan realizar las labores diarias, sino que además, producto del exceso de piel que tiene en este momento, se ve sometida a una presión psicológica diaria cuando se ve limitada en sus diferentes actividades.

Por otra parte, la Sala encuentra en el presente caso que el médico tratante debió hacer la prescripción de los procedimientos quirúrgicos a través del aplicativo MIPRES, para dar inicio al procedimiento regulado en la Resolución 1885 de 2018. Lo anterior, para que la E.P.S procediera a tramitar la entrega efectiva del servicio PBSUPC²⁹ según el modelo de suministro de estos servicios que haya elegido el departamento donde opere dicha entidad³⁰.

De igual manera, encuentra esta Sala que la E.P.S.I., al momento de negar la autorización y realización de dichos procedimientos, lo hizo sin dar inicio al procedimiento establecido en la Resolución 1885 recién citada y sin analizar el carácter funcional de dichos procedimientos o la situación social y económica de la accionante, quien se encuentra en el régimen subsidiado de salud³¹, tiene un puntaje de 18.56³² en el Sisbén y quien, por consiguiente, no cuenta con los medios económicos para sufragar los gastos del procedimiento.

Así mismo, la E.P.S.I. tampoco aportó conceptos médicos que corroboren que dichos procedimientos quirúrgicos tienen fines de embellecimiento y no pueden ser catalogados como funcionales reconstructivos. Tampoco demostró esta E.P.S.I. que dichos procedimientos no son necesarios para el bienestar emocional, psíquico y social de la accionante.

Finalmente, se observa que la E.P.S.I. ha incurrido en una demora injustificada para realizar el procedimiento quirúrgico que ha sido ordenado para la accionante. De allí que esta Sala debe recordar que las E.P.S. no pueden justificar la demora de la prestación de servicios de salud a sus afiliados,

²⁹ Plan de Beneficios en salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación

³⁰ Lo anterior, de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018, especialmente los artículos 9 y 10.

³¹ Tomado de la página <https://ruaf.sispro.gov.co>

³² Tomado de la página <https://wssisbenconsulta.sisben.gov.co>

por razones administrativas en tanto estas no deben ser soportadas por el afiliado.

En consecuencia, esta Sala de Revisión encuentra que Anas Wayuu E.P.S.I. incurrió en una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno, al negarle los procedimientos quirúrgicos ordenados por el médico tratante y que tienen como finalidad permitir a la actora una vida en condiciones más dignas.

En este orden de ideas, esta Sala de revisión revocará el fallo proferido el 26 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Maicao, dentro del proceso de tutela adelantado por Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno. En su lugar, procederá a confirmar parcialmente la providencia del 26 de noviembre de 2018 del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Maicao, que decidió tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la accionante, y ordenará a Anas Wayuu E.P.S.I. que inicie el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018, comenzando por la prescripción del procedimiento dentro del MIPRES, en lo posible por parte del mismo médico que valoró a la accionante, para que una vez concluida dicha prescripción, la E.P.S. adopte las medidas correspondientes para adelantar los procedimientos ordenados por el especialista en salud.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia del 26 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Maicao, dentro del proceso de tutela adelantado por Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno contra Anas Wayuu E.P.S.I.

SEGUNDO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Sentencia del 16 de octubre de 2018 del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Maicao que decidió **CONCEDER** el amparo solicitado y tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de Ayinis Lorena Paternina Vizcaíno. En consecuencia, **ORDENAR** a Anas Wayuu E.P.S.I. que, en un término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, de inicio al procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018 para autorizar y garantizar los procedimientos y tratamientos ordenados por el especialista en salud que valoró a la accionante.

TERCERO.- Por Secretaría General de esta Corporación, **LIBERAR** la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General