

Sentencia T-469/14

Referencia: expediente T-4265140

Acción de tutela instaurada por la señora Carolina Moreno Chaparro contra Famisanar EPS.

Magistrado ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en el trámite de la acción de amparo constitucional presentada por la señora Carolina Moreno Chaparro contra Famisanar EPS.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

Los hechos que dieron lugar a la interposición la acción de tutela fueron los siguientes:

1.1.1. La señora Carolina Moreno Chaparro de 36 años de edad, se encuentra afiliada a Famisanar EPS en calidad de cotizante.

1.1.2. El 13 de febrero de 2012, la accionante fue sometida a una cirugía bariátrica por padecer obesidad grado III, la cual –según afirma– condujo a una reducción de su peso de 92 a 62 kilos, generando un exceso de piel en los muslos, abdomen y mamas.

Expediente T-4265140

1.1.3. Con posterioridad, el 6 de diciembre de 2012, la señora Moreno Chaparro fue valorada por el cirujano plástico Carlos Torres quien concluyó que: *“paciente post cirugía bariátrica con colgajos dermograsos clasificación de iglesias grado 1 en brazos, grado II con comorbilidad en muslos y abdomen y grado III en mamas, candidata a moldeamiento corporal funcional (...) se da cita en 4 meses”*.

1.1.4. El 10 de septiembre de 2013, la accionante fue atendida por la cirujana Alejandra García Botero, la cual señaló que: *“paciente con secuelas de cirugía bariátrica con presencia de colgajos dermograsos grado 2 iglesias con comorbilidad de intertrigo en región mamaria y abdomen, se realizará en primer tiempo abdomen, segundo tiempo senos y tercer tiempo muslos”*. En consecuencia, la profesional emitió una orden de autorización de lipectomía abdominal circunferencial, medidas antitrombóticas, valoración preanestésica y exámenes preanestésicos.

1.1.5. En la misma fecha, la señora Moreno Chaparro radicó la solicitud de procedimientos no POS ante Famisanar EPS, quien negó la autorización de la lipectomía abdominal circunferencial el día 27 de septiembre de 2013, con el argumento de que no se agotó la alternativa POS.

1.1.6. Por último, la accionante refiere que no posee los recursos para asumir el costo de la cirugía y que el exceso de piel le ha ocasionado gran cantidad de problemas emocionales y físicos.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en lo anterior, la peticionaria solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad física, los cuales estima vulnerados como consecuencia de la negativa de la entidad demandada de otorgar los procedimientos ordenados por el médico tratante. En virtud de lo anterior, solicita que se ordene a Famisanar EPS autorizar la lipectomía circunferencial, el levantamiento de senos y de muslos, así como la atención integral a la que haya lugar y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

1.3. Contestación de la demanda e intervenciones

1.3.1. Contestación de Famisanar EPS

La representante legal de Famisanar EPS, en escrito del 8 de octubre de 2013, indicó que la aprobación del procedimiento lipectomía circunferencial fue remitida al Comité Técnico Científico para su estudio, el cual consideró que

Expediente T-4265140

no se agotaron las alternativas incluidas en el POS y, por ello, negó la práctica de dicho procedimiento.

De igual manera, manifestó que tal cirugía es meramente estética y por eso no está incluida en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que la EPS no está en la obligación de ordenar y autorizar dicho procedimiento. Por el contrario, el Acuerdo 029 de 2011 incluye tratamientos distintos, los cuales fueron reseñados como *“reducción de tejido adiposo de pared abdominal, por liposucción o lipectomía”* y *“reducción de tejidos adiposos en muslos, pelvis, glúteos o brazos por liposucción o lipectomía.”*

Por otra parte, en lo que respecta al tratamiento integral, afirmó que es un hecho futuro e incierto sobre el cual el juez de tutela no puede pronunciarse, pues a la accionante no se le ha negado servicio alguno. Frente a la exoneración de copagos, sostuvo que la obesidad no es una enfermedad ruinosa o catastrófica, por lo cual no es posible excluir a señora Moreno Chaparro de su cancelación, aunado al hecho de que los mismos sólo son exigibles a los beneficiarios y no a los cotizantes.

Con fundamento en lo anterior, la EPS demandada considera que no se han vulnerado los derechos de la accionante y solicita que se declare la improcedencia de la acción. No obstante, en caso de ser concedida, pide que se autorice recobrar ante el FOSYGA.

1.3.2. Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social

El Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, en escrito del 7 de octubre de 2013, indicó que los procedimientos *“levantamiento de senos y muslos”* no se encuentran registrados en el Anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, por lo que se consideran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

En lo que respecta a la exoneración de copagos, expuso que ellos tienen la función de ayudar a financiar el sistema de salud y que sólo aplican para los afiliados que ostentan la calidad de beneficiarios. Por su parte, la cuota moderadora se exige tanto para los beneficiarios como para los cotizantes.

En cuanto al tratamiento integral afirma que la solicitud de la demandante es muy genérica, lo que imposibilita al juez proferir un fallo a su favor, pues este no puede proteger una amenaza o vulneración que no es concreta o que no parte de hechos ciertos. Por último, solicitó que en caso de ser concedida la acción no se faculte a la EPS para recobrar ante el Fosyga, en el entendido de que este es un derecho que se puede hacer valer sin que medie orden judicial.

1.3.3. Intervención del médico tratante –Cirujano Plástico–

La médica tratante indicó que los servicios solicitados si bien no son vitales, son necesarios para el tratamiento de intertrigo, padecimiento que surgió como consecuencia de la realización de la cirugía bariátrica y que favorece infecciones que podrían comprometer la vida de la paciente. Adicionalmente indicó que dichos procedimientos no están en el POS y que no existen alternativas distintas de tratamiento.

1.4. Pruebas aportadas al proceso

Para acreditar los hechos narrados en el expediente obran los siguientes documentos relevantes:

- a. Consulta de control de cirugía plástica con fecha del 6 de diciembre de 2012, realizada por el profesional Carlos Torres Fuentes¹.
- b. Consulta de control de cirugía plástica con fecha del 10 de septiembre de 2013, realizada por la profesional Alejandra Botero².
- c. Solicitud de medicamentos, insumos y procedimientos no POS con fecha del 10 de septiembre de 2013, en la que a través de la citada profesional se pide que se practique la lipectomía abdominal a la accionante.
- d. Órdenes médicas por lipectomía abdominal circunferencial, medidas antitrombóticas, valoración por anestesiología y exámenes prequirúrgicos.
- e. Formato de negación de servicios con fecha del 27 de septiembre de 2013, en el cual la EPS argumenta que no se agotaron las alternativas POS.
- f. Historia clínica de la señora Carolina Moreno Chaparro.
- g. Declaración juramentada rendida por la accionante ante el juez de primera instancia³.

¹ En tal consulta se concluyó que: “*paciente post cirugía bariátrica con colgajos dermograsos clasificación de iglesias grado 1 en brazos, grado II con comorbilidad en muslos y abdomen y grado III en mamas, candidata a moldeamiento corporal funcional (...) se da cita en 4 meses*”. Como se indicó en el acápite de los hechos.

² En dicha revisión se manifestó que: “*paciente con secuelas de cirugía bariátrica con presencia de colgajos dermograsos grado 2 iglesias con comorbilidad de intertrigo en región mamaria y abdomen, se realizará en primer tiempo abdomen, segundo tiempo senos y tercer tiempo muslos*”. Se emitieron órdenes de autorización de lipectomía abdominal circunferencial, medidas antitrombóticas, valoración preanestésica y exámenes preanestésica. Como se indicó en el acápite de hechos.

³ Se destacan los siguientes interrogantes: “**PREGUNTADO:** *Sírvase explicar al despacho cuáles son [las] implicaciones médicas de su enfermedad las cuales le ha explicado su médica tratante: Sufrí de obesidad mórbida durante toda la vida, debido a eso tuve apenas (...) sueño, azúcar alto y diabetes tipo 1, dolor en la espalda y rodillas, ya que tengo antecedentes familiares de diabetes e insuficiencia renal crónica y actualmente tengo cálculos en los riñones, la Doctora Adriana Córdoba del Hospital San José, me realizó una cirugía bariátrica (bypass) pues mi sobrepeso estaba alrededor de los 92 kilos, y razón por la cual baje*

h. Respuesta de la médica Alejandra García Botero, cirujano plástico, a un cuestionario formulado por el juez de primera instancia⁴.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Primera Instancia

En sentencia del 16 de octubre de 2013, el Juez 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá decidió tutelar los derechos de la accionante y ordenó a Famisanar EPS realizar el procedimiento quirúrgico “*lipectomía abdominal circunferencial por secuelas de cirugía bariátrica*”, previa autorización de los exámenes necesarios para su realización.

De igual manera, concedió el tratamiento integral constituido por las cirugías de levantamiento de senos y muslos, que deberían realizarse una vez se obtuvieran las respectivas órdenes médicas. Por otra parte, se exoneró a la accionante de pagar las cuotas moderadoras, sin que se facultara a la EPS para recobrar ante el Fosyga.

En criterio del juez de instancia, los procedimientos que solicita la accionante no pueden considerarse estéticos, pues tienen como propósito dar respuesta a un padecimiento que puede generar graves afectaciones en su salud, hasta el punto de poner en riesgo su vida, como lo es el intertrigo, por lo que no existe razón para que la EPS haya negado los servicios. Por lo demás, indicó que las cuotas moderadoras no pueden constituir un obstáculo para que los usuarios accedan a los servicios que requieren, circunstancia que se presenta en el caso en concreto, en la medida en que la accionante afirma no tener capacidad económica para asumir su cancelación, se trata de una enfermedad de alto

30 kilos, hoy 20 meses después presentó un peso de 62 kilos, pero con LOPODISTROFIA NO CLASIFICADA EN OTRAS Partes, razón por la cual la especialista me solicitó la práctica de la CIRUGÍA LIPECTOMÍA ABDOMINAL POR SECUELAS DE CIRUGÍA BARIÁTRICA, puesto que es una cirugía funcional según los médicos cirujanos tengo a propósito de la cirugía bariátrica intertrigo, escoriación, limitación de movilización, clasificación antropométrica, mayor o igual a grado 2. (...) **PREGUNTADO:** Tiene órdenes médicas expedidas por el especialista para el segundo y tercer tiempo. **CONTESTO:** No las tengo por el momento porque es un tratamiento que va en tres fases y cada orden vendrá [en] su momento oportuno”.

⁴ Entre otros puntos, se destaca lo siguiente: “[Sobre] la necesidad y urgencia vital del procedimiento quirúrgico (...) **RESPUESTA:** No se trata de una urgencia vital, sin embargo son procedimientos necesarios ya que las alteraciones post-bariátricas en esta paciente se asocian a intertrigo. El intertrigo es una condición que favorece a infecciones recurrentes que pueden llevar al paciente a sepsis e incluso la muerte. Para realizar el procedimiento es obligatorio contar con paraclínicos prequirúrgicos y valoración por anestesia previa al procedimiento. Para disminuir el riesgo de tromboembolismo durante o posterior a la cirugía, es necesario realizar el procedimiento con medidas antitrombóticas y enoxaparina post-operatoria. // (...) [Dichos] procedimiento y medicamentos ya fueron ordenados por médico cirujano (...) **RESPUESTA:** Los paraclínicos, procedimientos y medicamentos ya fueron ordenados el día 10 de septiembre de 2013 a las 11: 59 am por la Doctora Alejandra García y el Doctor Fabián Hernández (...). (...) [El] procedimiento quirúrgico (...) se encuentra en el POS (...) **RESPUESTA:** No se encuentra dentro del POS y no existen procedimientos más económicos. [Adicionalmente no] existen otras alternativas igualmente efectivas.”

Expediente T-4265140

costo y no se desvirtuaron las aseveraciones expuestas en la demanda sobre su precaria situación.

2.2. Impugnación

En escrito del 25 de octubre de 2013, Famisanar EPS solicitó la revocatoria del fallo de instancia, con fundamento en las siguientes razones: (i) a la accionante se le ha proporcionado toda la atención que ha requerido, por lo que resulta improcedente que se ordene un tratamiento integral; (ii) en cuanto a la orden de realizar el procedimiento de *“lipectomía circunferencial por secuelas de cirugía bariátrica”*, afirma que ella no es procedente hasta tanto se agoten las alternativas POS; y (iii) en lo que atañe a la exoneración de las cuotas moderadoras, no se advierte como la obesidad puede ser catalogada como una enfermedad ruinosa o catastrófica susceptible de dicha medida, como lo establece el artículo 7º del Acuerdo 260 de 2004.

2.3. Rechazo por extemporaneidad

En providencia del 9 de diciembre de 2013, el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá rechazó la impugnación interpuesta, al considerar que la misma fue presentada de forma extemporánea. Al respecto, señaló que:

“(…) En el caso de la referencia, el fallo que se impugna por el representante legal suplente de la EPS FAMISANAR, fue notificado a dicha entidad el día 21 de octubre del año 2013, según consta en el acta de notificación personal correspondiente (fol. 95), al igual que la última notificación correspondió a ese 21 de octubre que fue la fecha en que se notificó al MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA; así las cosas el término de tres días con que contaba la entidad para presentar el recurso de impugnación correspondía a las fechas 22, 23 y 24 de octubre del año 2013, venciendo el último día a las 5:00 p.m., la oportunidad para impugnar el fallo de tutela de primera instancia.

Observándose que el escrito de impugnación de la accionada FAMISANAR EPS, salió de dicha entidad el día 25 de octubre de 2013 y fue recibido en el juzgado de primera instancia hasta el 28 de octubre del 2013 a las 2:45 p.m., habiéndose presentado en todo caso de manera extemporánea, lo que conlleva el rechazo del mismo”.

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 18 de marzo de 2014 proferido por la Sala de Selección Número Tres.

3.2. Actuaciones en sede de revisión

En Auto del 6 de mayo de 2014, el magistrado sustanciador dispuso librar oficio a Famisanar EPS, para que informara sobre cuáles han sido los tratamientos y procedimientos médicos que ha recibido la señora Moreno Chaparro, incluyendo órdenes y diagnósticos de los médicos tratantes, a partir del momento en que le fue ordenado el procedimiento *“lipectomía circunferencial en primer tiempo quirúrgico”*.

En escrito del 15 de mayo de 2014, la citada EPS manifestó que hasta el momento ha acatado la orden del juez de instancia y, como consecuencia de ello, ha autorizado los siguientes servicios a la accionante:

Diagnóstico	Servicio/Procedimiento
Atrofia de la mama	Mastopexia Mamaria
Atrofia de la mama	Medias antiembolicas ambulatorias
Atrofia de la mama	Brasier para post-operatorio por mamoplastia de reducción
Atrofia de la mama	Línea cirugía general-prótesis mamaria interna para cirugía reconstructiva interna
Otros estados postquirúrgicos especificados	Extracto Cepae-Heparina-Alantoina (Contractubex)
Otros estados especificados posteriores a la cirugía	Consulta especializada por cirugía plástica
Otros estados postquirúrgicos especificados	Consulta especializada por cirugía general
	Corse (Tipo Tlso, Toracolumbares, Milwakee
Lipodistrofia no clasificada en otra parte	Hidroxibalamina-piridoxina-tiamina- (Bedoyecta Tri)
Lipodistrofia no clasificada en otra parte	Multivitaminas y minerales (Caltrate Plus) Tableta
Otros estados postquirúrgicos especificados	Conformador de ombligo
Otros estados postquirúrgicos	Epifoam Espuma de protección

Expediente T-4265140

especificados	anti hernial
Cuidado posterior a la cirugía, no especificado	Consulta especializada por cirugía plástica
Otros estados postquirúrgicos especificados	Consulta especializada por cirugía general
Otros estados postquirúrgicos especificados	Montelukast (Leucotren) Tableta masticable 10 mg
Lipodistrofia	Faja post-operatoria
Lipodistrofia	Medias Antiembolicas ambulatorias Par.
Lipodistrofia	Lipectomía Circunferencial

De las autorizaciones anexas al escrito se puede observar que el último procedimiento autorizado es la mastopexia mamaria (levantamiento de senos) que, al 15 de mayo de 2014, se encontraba “*preaprobada*”.

3.3. Problema jurídico

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de la decisión adoptada por el respectivo juez de instancia, esta Corporación debe determinar, en primer lugar, si se configura una violación al derecho a la salud de la señora Carolina Moreno Chaparro, como consecuencia de que la EPS Famisanar se negó a practicar el procedimiento quirúrgico denominado “*lipectomía abdominal circunferencial*”, tendiente a eliminar el exceso de piel derivado de la pérdida de peso, luego de haberse sometido a una cirugía bariátrica por padecer obesidad mórbida grado III. De igual manera, en segundo lugar, la Sala deberá establecer si el juez de tutela puede ordenar la práctica de procedimientos que no están prescritos por el médico tratante, por vía del tratamiento integral, cuando los mismos han sido sugeridos en un diagnóstico de manera abstracta. Finalmente, le compete a la Corte determinar si, vistos los elementos del caso en concreto, es procedente la exoneración en el pago de las cuotas moderadoras.

3.4. Del derecho de acceso a la salud

3.4.1. La Constitución Política en el artículo 49 establece el carácter dual de derecho y servicio público de la salud, garantizando a todas las personas el acceso a su *promoción, prevención y recuperación*; y endilgando al Estado la obligación de *organizar, dirigir y reglamentar* la prestación de dicho servicio. Ante tal dualidad, la salud adquiere características distintas frente a los dos escenarios en los cuales se desarrolla, así, al tratarse de un derecho, el mismo deberá garantizarse de manera oportuna⁵, eficiente y con calidad, de

⁵ En la Sentencia T-460 de 2010, se indicó que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna. Esto implica “*que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para*

Expediente T-4265140

conformidad con los principios de continuidad e integralidad⁶; y en lo que respecta a su rol de servicio público, éste deberá regirse por los tres principios establecidos por la Constitución, a saber: eficiencia, universalidad y solidaridad, que son desarrollados por la Ley 100 de 1993, en el artículo 2, en el que además se adicionan los principios de integralidad, unidad y participación⁷.

3.4.2. En la jurisprudencia constitucional, la salud como derecho ha sido tratada de distintas maneras, pues, en principio, se le atribuyó un carácter prestacional, en virtud del cual se podía invocar su protección por vía de tutela sólo en el caso de que se estuviese vulnerando un derecho fundamental. Esta tesis fue conocida como la teoría de la conexidad, a partir de la cual debía probarse que el desconocimiento del derecho a la salud incidía directamente en una garantía *iusfundamental*.

A pesar de lo anterior, en años recientes, la jurisprudencia ha catalogado de fundamental el derecho a la salud, al considerar que contribuye –desde una perspectiva subjetiva– a la realización de las funciones y actividades propias del ser humano, lo que genera a su vez mayores probabilidades de alcanzar un proyecto de vida, como garantía directamente vinculada con los derechos de libertad. En este orden de ideas, en una de sus sentencias más importantes sobre el tema, se señaló que:

“Así pues, considerando que ‘son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo’, la

recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”

⁶ Sentencia T-460 de 2012, en la cual cita la Sentencia T-760 de 2008.

⁷ ARTICULO. 2º- Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley;

e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f) Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Expediente T-4265140

Corte señaló en la Sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.”⁸

3.4.3. En lo que respecta a la prestación del servicio de salud, con miras a salvaguardar el principio de universalidad y proteger la sostenibilidad fiscal del sistema, existen en el ordenamiento jurídico unos planes de cobertura impuestos de forma obligatoria por la ley. La inclusión en estos planes se basa en el perfil epidemiológico de la población colombiana y comprende aquellos medicamentos y tratamientos que son requeridos con mayor intensidad y frecuencia por parte de los asociados. De esta manera, la garantía en la cobertura de los servicios de salud, está en principio sujeta al suministro de los servicios y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS)⁹.

En todo caso, la Corte también ha indicado que la protección a la salud procede en los casos en que dicho servicio es necesario, esto es, cuando el médico tratante lo ordena, bajo el entendido de que el procedimiento es indispensable para conservar la vida digna, la salud o la integridad personal del paciente¹⁰. Precisamente, en la Sentencia T-760 de 2008, se dijo que: *“toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo (...).”*

3.4.4. A partir del reconocimiento de la existencia de planes de cobertura y de la exigibilidad del derecho a la salud conforme con el criterio de necesidad, la jurisprudencia constitucional ha establecido que su protección procede por vía de tutela¹¹, entre otras circunstancias, (i) cuando hay una falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios de salud y la negativa no tiene un fundamento estrictamente médico¹²; (ii) cuando existe una dilación o se presentan barreras injustificadas en la entrega de los

⁸ Sentencia T-760 de 2008. No sobra recordar que el pasado 29 de mayo esta Corporación declaró la exequibilidad del artículo 1º del proyecto de ley estatutaria sobre el derecho a la salud, en el que se dispone que: *“Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”*, en el entendido que la expresión *“establecer sus mecanismos de protección”* no dará lugar a la expedición de normas que menoscaben la acción de tutela. Comunicado No. 21 de la Corte Constitucional. Subrayado por fuera del texto original.

⁹ Sentencia T-520 de 2012.

¹⁰ Sentencia T-520 de 2012.

¹¹ Sentencia T-763 de 2007.

¹² Sentencia T-736 de 2004.

Expediente T-4265140

medicamentos a los que tiene derecho el accionante¹³; (iii) excepcionalmente, en los casos en los cuales se solicita el reconocimiento de un tratamiento integral para una patología¹⁴; y (iv) cuando no se reconocen prestaciones excluidas de los planes de cobertura que son urgentes y la persona no puede acceder a ellas por incapacidad económica¹⁵.

En relación con esta última hipótesis, esta Corporación ha manifestado que, por regla general, cuando una prestación se encuentra excluida del plan de coberturas, el usuario deberá adquirirla con cargo a su propio peculio, pues de esta manera se asegura el equilibrio financiero del sistema¹⁶. Sin embargo, como ya se dijo, la jurisprudencia de este Tribunal también ha inaplicado dicha regulación y ha ordenado la entrega de medicamentos o la realización de procedimientos por fuera del POS, cuando su falta de reconocimiento por parte de una entidad promotora de salud tiene la entidad suficiente de comprometer la eficacia y la intangibilidad de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema, en respuesta básicamente al citado criterio de necesidad. En este orden de ideas, la Corte ha dicho que:

“(…) en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.”¹⁷

Para determinar aquellos casos concretos en los que la entidad promotora de salud deberá otorgar la prestación requerida, aun cuando se encuentre excluida del POS, esta Corporación ha establecido los siguientes requisitos:

“(i) [Que] la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) [Que] el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

¹³ Sentencia T-1167 de 2004.

¹⁴ Sentencia T-322 de 2001.

¹⁵ Sentencia T-392 de 2011, en la cual a su vez se cita la Sentencia T-576 de 2008.

¹⁶ Sentencia T-1204 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Véanse, entre otras, las Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-883 de 2003.

¹⁷ Sentencia T-883 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Expediente T-4265140

(iii) [Que] el interesado no pueda costearlo directamente, (...) y [que] no pueda acceder a [dicho] servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y

(iv) [Que] el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio”¹⁸.

En este orden de ideas, con sujeción al criterio de necesidad, siempre que se verifique el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez de tutela debe ordenar a una entidad promotora de salud la entrega del medicamento o la prestación del servicio excluido del POS, con el fin de brindar la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios, sin perjuicio de que su financiamiento no recaiga directamente sobre ella, como ocurre, por ejemplo, en el régimen contributivo, en donde dicha obligación está a cargo del FOSYGA¹⁹.

Finalmente, el análisis previo acerca del otorgamiento de un tratamiento que no se encuentra incluido en el POS, respecto de su pertinencia, necesidad e imposibilidad de reemplazarlo por otro comprendido en el plan de coberturas, se debe realizar inicialmente a través del Comité Técnico Científico, como lo dispone el artículo 4 de la Resolución 3099 de 2008²⁰. En caso de que la EPS persista en su negativa o que se trate de una hipótesis de urgencia, el usuario puede acudir directamente a la acción de tutela, siempre que se acrediten los requisitos previamente expuestos²¹.

3.5. De los procedimientos estéticos y los procedimientos funcionales en el POS

¹⁸ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹ En Sentencia T-760 de 2008, se dijo que: “No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS”.

²⁰ La norma en cita dispone que: “**Artículo 4º. Funciones.** El Comité Técnico-Científico tendrá las siguientes funciones: 1. Evaluar, aprobar o desaprobar las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud manual listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS.”

²¹ En Auto 066 de 2012 se expuso que: “[Esta] Corporación ha entendido que hay ciertos eventos en los que el acceso a los servicios de salud debe ser garantizado de manera inmediata. En este orden de ideas, en la sentencia C-936 de 2011, indicó que en caso de urgencia el suministro de los servicios de salud y/o medicamentos excluidos del POS, expresamente o no, no debe supeditarse ni a la aprobación del Comité Técnico Científico -CTC-, ni al de la Junta Técnico Científica de Pares -JTCP-. (...) Lo anterior es una reiteración del criterio jurisprudencial según el cual las EPS deben autorizar de manera inmediata servicios de salud y/o medicamentos no incluidos en el plan de beneficios, esto es, sin someter su suministro a previa autorización del CTC o del JTCP, cuando conforme a lo dispuesto por el médico tratante se requieran para salvaguardar la vida y/o la integridad personal del afectado”.

Expediente T-4265140

3.5.1. La Resolución No. 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, por virtud de la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, establece en los artículos 129 y 130 respectivamente, las exclusiones generales y específicas del POS, entre las cuales se observan las *“tecnologías en salud consideradas como cosméticas, estéticas, suntuarias o de embellecimiento, así como la atención de sus complicaciones, salvo la atención inicial de urgencias”* (artículo 129, numeral 1), de igual forma se excluye la *“cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética, o suntuaria”* (artículo 130, numeral 1).

Por su parte, el artículo 8 de la citada Resolución realizó una distinción entre cirugía cosmética o de embellecimiento y cirugía reparadora o funcional, en los siguientes términos:

“8. Cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento: Procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgánicos.

9. Cirugía plástica reparadora o funcional: Procedimiento quirúrgico 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. 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.”

En adición a lo expuesto, el artículo 39 del mismo régimen normativo, indica que todos aquellos tratamientos o procedimientos de carácter reconstructivos, que tengan finalidad funcional de conformidad con el criterio del médico tratante, se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud y deben ser asumidos por el sistema. La disposición en cita establece que:

“Artículo 39. Tratamientos reconstructivos. En el POS están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el Anexo 02 que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.”

3.5.2. Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que existen dos modalidades distintas de cirugías plásticas que persiguen propósitos disimiles²². Así, por una parte, se encuentran los

²² Sobre este tema se pronunció recientemente la Corte en las Sentencias T-570 de 2013, T-022 de 2014, T-142 de 2014 y T-381 de 2014.

Expediente T-4265140

procedimientos *cosméticos o de embellecimiento*, cuando lo que se busca es mejorar tejidos sanos para cambiar o modificar la apariencia física de una persona; y por la otra, los procedimientos *funcionales o reconstructivos*, que apuntan a corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o a impedir afecciones psicológicas que le impiden a una persona llevar una vida en condiciones dignas. Por mandato regulatorio, en el primer caso, es claro que los procedimientos meramente estéticos o cosméticos que persigan fines de embellecimiento, no están cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud; mientras que, en el segundo, por tratarse de un problema funcional, es procedente su realización a través de las EPS, siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera.

Respecto de la diferencia entre una cirugía con fines estéticos y una con fines reconstructivos, en la Sentencia T-392 de 2009, se indicó que:

“[Desde] un punto de vista científico una cirugía plástica reconstructiva tiene fines meramente ‘estéticos’ o ‘cosméticos’ cuando, ‘es realizada con la finalidad de cambiar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente’, mientras que, es reconstructiva con fines funcionales cuando ‘está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma’. La Cirugía Reconstructiva hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas.”

De este modo, las entidades promotoras de salud deben analizar en cada caso en concreto si la cirugía plástica prescrita es calificada como “*estética*” o si se trata de una cirugía “*reconstructiva*”. No obstante, para determinar su funcionalidad, es necesario contar con el criterio del “*profesional en salud tratante*”, como lo indica el artículo 39 de la Resolución No. 5521 de 2013, por lo que no basta la simple afirmación por parte de la EPS para catalogar un procedimiento de estético o funcional, pues la misma debe estar acompañada de los respectivos conceptos médicos y argumentos científicos.

En conclusión, si bien las cirugías plásticas se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando solamente buscan mejorar un aspecto físico con el cual las personas no están conformes, no ocurre lo mismo en aquellos casos en que tienen fines reconstructivos funcionales, caso en el cual se entienden incluidas en el POS y deberán ser prestadas por las EPS. Para negar dichos tratamientos, se deberá demostrar –con fundamento en conceptos médicos– que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no responden a criterios funcionales reconstructivos. Esta obligación se deriva del principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al cual, es de su esencia, amparar todas las contingencias que

afectan la salud de una persona y en general las condiciones de vida de la población²³.

3.6. De la intervención del juez constitucional en la protección del derecho a la salud

3.6.1. En el proceso de la acción de tutela, el juez constitucional tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales, siempre que se acredite su violación o amenaza, mediante órdenes para que aquél respecto de quien se solicita el amparo, actúe o se abstenga de hacerlo, como lo dispone el artículo 86 del Texto Superior.

En este orden de ideas, en aquellos casos en que se invoca la protección del derecho a la salud, el juez de tutela tiene el deber de revertir o impedir el actuar lesivo, siempre que se evidencie la existencia de una vulneración. No obstante, al momento de proferir una orden, debe ser respetuoso de los criterios médico-científicos que rodean un asunto en particular. En efecto, la administración de justicia no debe desbordar su experticia y suplantar el conocimiento o *lex-artis* de los profesionales de la salud. En este sentido, en reiterada jurisprudencia, la Corte ha señalado que los jueces constitucionales no son competentes para ordenar medicamentos, procedimientos o servicios que no hayan sido prescritos por el médico tratante, excepto en aquellos casos en los cuales los insumos requeridos, sean evidentemente necesarios a la luz del sentido común o del simple análisis de la situación particular²⁴.

3.6.2. Este límite del juez constitucional se soporta en cuatro criterios: necesidad, responsabilidad, especialidad y proporcionalidad.

El primero de los mencionados criterios, esto es, el *criterio de necesidad*, hace referencia a que el concepto del médico tratante justifica el reconocimiento de un servicio, lo que a su vez garantiza el uso y aprovechamiento adecuado de los recursos del Sistema General de Salud, es decir, el juicio del profesional de la salud proporciona seguridad sobre la pertinencia de un tratamiento. Por su parte, el *criterio de responsabilidad* radica en el compromiso que asumen los galenos frente a los procedimientos que prescriben a sus pacientes y las consecuencias que ello genera en su salud. Dicho compromiso está dado por el conocimiento que les da la ciencia médica.

El *criterio de especialidad* advierte que los conceptos médicos no pueden reemplazarse por el discernimiento jurídico, pues se atentaría contra la efectividad de los tratamientos y la recuperación de los pacientes, así como,

²³ Ley 100 de 1993, artículo 2.

²⁴ Véase, entre otras, las Sentencias T-569 de 2005, T- 059 de 1999, T- 1325 de 2001, T- 398 de 2004, T-412 de 2004 y T- 050 de 2009.

Expediente T-4265140

eventualmente, contra su vida misma. Por último, el denominado *criterio de proporcionalidad*, recomienda que si bien el juez deberá en todo momento procurar la mayor protección a los derechos fundamentales, en caso de conflicto, el concepto médico está llamado a prevalecer.

Estos criterios fueron objeto de resumen en la Sentencia T-050 de 2009 de la siguiente manera:

“La decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).”

En suma, si bien el juez de tutela tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales de quienes acuden por vía del amparo, no debe asumir la especialidad de los médicos tratantes que, a partir de sus conocimientos científicos y del caso en particular, cuentan con los elementos necesarios para determinar el tratamiento a seguir. Con este propósito, el juzgador debe ceñirse a lo que haya sido prescrito por el profesional de la salud, a quien además le asiste la carga de proferir una orden específica y concreta, que no dé lugar a especulaciones o elucubraciones por parte de la autoridad judicial. Lo anterior, como ya se dijo, sin perjuicio de la posibilidad extraordinaria y excepcional del juez constitucional de ordenar medicamentos o servicios que no hayan sido prescritos por el médico tratante, cuando sean evidentemente necesarios a la luz del sentido común o del simple análisis de la situación particular.

3.7. Del principio de integralidad en el acceso a la salud

Expediente T-4265140

El principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud se manifiesta en la autorización, práctica o entrega de los medicamentos, procedimientos o insumos a los que una persona tiene derecho, siempre que el médico tratante los considere necesarios para el tratamiento de sus patologías. De ahí que, la atención en salud no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna.

En este orden de ideas, por vía de la acción de tutela, el juez debe ordenar la entrega de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo sus derechos fundamentales²⁵, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución²⁶.

Por esta razón, en sede de tutela, se ha considerado que el suministro del tratamiento integral se sujeta a las siguientes condiciones, en primer lugar, que la EPS haya actuado negligentemente en la prestación del servicio, y en segundo lugar, que exista una orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del paciente, la cual, como se mencionó en el acápite anterior, se convierte en un límite para la actuación del juez constitucional, a partir de la aplicación de los criterios de necesidad, responsabilidad, especialidad y proporcionalidad²⁷.

3.8. De las cuotas moderadoras

3.8.1. El artículo 187 de la Ley 100 de 1996 estableció que para racionalizar el uso de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los cotizantes están sujetos al pago de cuotas moderadoras. Estas se definen como el aporte en dinero que efectúa el afiliado, al utilizar los servicios ofrecidos por el Plan Obligatorio de Salud, a fin de moderar el uso de los mismos.

²⁵ Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

²⁶ “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

²⁷ Sentencias T-320 de 2013 y T-433 de 2014. No sobra aclarar que estos requisitos deben ser examinados con menor rigurosidad en aquellos casos en que una persona padezca enfermedades catastróficas.

Expediente T-4265140

En la Sentencia C-542 de 1998 esta Corporación declaró la exequibilidad de la citada figura, bajo el entendido de que *“si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes”*.

En el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se definió el régimen de pagos compartidos y de cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En relación con estas últimas, se reitera que tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS.

El monto de la cuota moderadora está ligado a la categoría en la cual se encuentra el afiliado, la cual, a su vez, depende de una base de cotización medida en salarios mínimos. Para el año 2014, se establecen los siguientes montos²⁸:

RANGO DE IBC EN SMLMV (1)	CUOTA EN % DEL SMLDV (2)	VALOR CUOTA MODERADORA 2013	VALOR CUOTA MODERADORA 2014	INCREMENTO 2014/2013
MENOR A 2 SMLMV	11,70%	\$ 2.300	\$ 2.400	4,35%
ENTRE 2 Y 5 SMLMV	46,10%	\$ 9.100	\$ 9.500	4,40%
MAYOR A 5 SMLMV	121,50%	\$ 23.900	\$ 24.900	4.18%

(1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente - Decreto 3068 de 2013
(2) Salario Mínimo Legal Diario Vigente
Nota: Los valores resultantes de la aplicación de los porcentajes establecidos en el Artículo 8o. del Acuerdo 260 del CNSSS, se ajustarán a la centena más cercana. (Acuerdo 030 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud, parágrafo del Artículo Décimo Primero)

3.8.2. A partir de lo anterior, la jurisprudencia ha reiterado que cuando de la capacidad económica del paciente se evidencie que la cancelación de las cuotas moderadoras puede afectar gravemente su mínimo vital o impedir el acceso a los servicios de salud, se podrá exonerar a dicha persona de los pagos por estos conceptos. Ese análisis deberá realizarse teniendo en cuenta la categoría del afiliado, el valor de la cuota moderadora a pagar, los ingresos y los gastos del mismo. Precisamente, en la Sentencia T-563 de 2010, se dijo que: *“será el juez constitucional el encargado de verificar, en cada caso, si el pago de las cuotas de recuperación exigidas por la ley, obstaculiza el acceso*

²⁸ Tomado de www.minsalud.gov.co

Expediente T-4265140

al servicio de salud y si, como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales”.

En conclusión, si bien la cuota moderadora es una obligación del usuario cotizante en el régimen contributivo, que respalda el buen funcionamiento del sistema, no puede convertirse en una barrera que limite el acceso a los servicios de salud y restrinja el goce efectivo de este derecho, en especial cuando se trata de personas de escasos recursos económicos o incluso en aquellos casos en los pacientes tienen capacidad económica para asumir los pagos moderadores, pero presentan problemas financieros para hacer su erogación antes de que el procedimiento reclamado le sea suministrado²⁹.

3.9. Caso concreto

En el presente asunto, la señora Carolina Moreno Chaparro señala que como consecuencia de haberse sometido a una cirugía bariátrica por padecer obesidad mórbida grado III, quedó con exceso de piel en el abdomen y en los muslos, el cual le ha ocasionado inconvenientes de higiene y de salud por la aparición de *intertrigo*, condición que favorece el desarrollo de infecciones recurrentes que pueden llevar al paciente a sepsis e incluso la muerte, según lo afirma su médico tratante.

Como consecuencia de lo anterior, le solicitó a la EPS Famisanar practicar el procedimiento quirúrgico denominado *lipectomía abdominal circunferencial*, así como los procedimientos de levantamiento de senos y muslos, los cuales fueron negados básicamente porque no se agotaron las alternativas incluidas en el POS.

Ante dicha negativa, la accionante acudió en acción de tutela invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad física, pidiendo que se ordene a la citada EPS, (i) autorizar y practicar los procedimientos antes mencionados, (ii) reconocer el tratamiento integral al que haya lugar y (iii) exonerar el pago de las cuotas moderadoras.

A continuación se analizará cada una de las pretensiones a la luz de las consideraciones generales planteadas.

3.9.1. Lipectomía abdominal circunferencial

Frente a la pretensión de la autorización y práctica de la cirugía denominada *lipectomía abdominal circunferencial*, esta Sala observa que en el expediente obra la respectiva orden médica y la solicitud de la misma ante el Comité

²⁹ Sentencias T-725 de 2010, T-388 de 2012 y T-105 de 2014.

Expediente T-4265140

Técnico Científico, quien negó dicho servicio. A pesar de ello, el juez de instancia consideró que se trataba de un procedimiento necesario y funcional, por lo que ordenó su práctica³⁰. En cumplimiento de dicha orden, el 23 de octubre de 2013 le fue practicado el citado procedimiento a la accionante, por lo que al tratarse de una pretensión que ya fue satisfecha y cuyo resultado es imposible de revertir, en criterio de esta Sala, es innecesario realizar un pronunciamiento de fondo, pues se está en presencia de una hipótesis de carencia actual de objeto.

3.9.2. Levantamiento de senos y de muslos

En lo que respecta al levantamiento de senos y de muslos, con fundamento en lo señalado por el Ministerio de Salud, el cual aclara que estos procedimientos no se encuentran incluidos en el POS³¹, lo cual concuerda con la afirmación realizada en el mismo sentido por la médico tratante³², se procederá a analizar si se cumple o no con cada uno de los requisitos que se exigen en la jurisprudencia constitucional para ordenar dicho tipo de servicios, a saber: (i) que el mismo haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; (ii) que su falta de reconocimiento vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (iii) que no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; y (iv) que el interesado no pueda costearlo directamente.

Al respecto, visto el asunto *sub-judice*, la Sala observa que no se cuenta con la prescripción del médico tratante referente a dichos procedimientos. En efecto, al revisar el diagnóstico emitido el 10 de septiembre de 2013, se encuentra que los mismos fueron sugeridos por la cirujana tratante, dentro de una valoración general del caso. Así, luego de examinar las condiciones físicas de la accionante, se expone el siguiente “ANÁLISIS”: *“paciente con secuelas de cirugía bariátrica con presencia de colgajos demograso grado 2 iglesias con comorbilidad de intertrigo en región mamaria y abdomen. Se realizará en primer tiempo abdomen, segundo tiempo senos y tercer tiempo muslos”*³³.

³⁰ Al respecto, en el numeral segundo de la parte resolutive, se señaló que: “**SEGUNDO.-** En consecuencia, se ORDENA a EPS FAMISANAR LTDA., a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, autorice a favor de la paciente CAROLINA MORENO CHAPARRO el procedimiento quirúrgico denominado LIPECTOMÍA ABDOMINAL CIRCUNFERENCIAL POR SECUELAS DE CIRUGÍA BARIÁTRICA (Código 868305), autorizándose así mismo la realización previa de la serie de exámenes prequirúrgicos que sean ordenados por parte de los médicos tratantes, que incluyen una valoración por anestesiología y la aplicación adicional de “medias antitrombóticas”, autorizándose igualmente todos los procedimientos de control post-quirúrgico a favor de la afiliada, hasta cuando los médicos tratantes lo consideren pertinente y necesario, incluyéndose la administración post-operatoria del medicamento denominado “enoxaparina am.400 mg”.

³¹ Al respecto, expresamente dice que: “Los procedimientos ‘levantamiento de senos y muslos’ no se encuentran registrados en el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011 (...)”. Folio 64 del cuaderno principal.

³² Folio 71 del cuaderno principal.

³³ Folio 18 del cuaderno principal.

A pesar de ello, la profesional de la salud tan sólo prescribió órdenes de autorización respecto de la *lipectomía abdominal circunferencial* correspondiente al procedimiento de *primer tiempo abdomen*, pues frente a los servicios de segundo y tercer tiempo, no existe en el expediente órdenes médicas, así como tampoco descripción de los procedimientos específicos a realizar.

Esto se ratifica en declaración juramentada rendida por la accionante ante el juez de instancia, en la cual expresamente manifiesta que: “*PREGUNTADO: tiene órdenes médicas expedidas por el especialista para el segundo y tercer tiempo. CONTESTADO: No las tengo por el momento porque es un tratamiento que va en tres fases y cada orden vendrá en su momento oportuno*”³⁴.

En este sentido, más allá de la ausencia de la prescripción médica, lo que también se observa es que la afirmación de la cirujana se reduce a mencionar ciertas intervenciones genéricas en determinadas partes del cuerpo, las cuales se llevarán a cabo en un orden establecido, sin que exista certeza sobre qué procedimiento es el indicado para la paciente. En consecuencia, al no existir una orden médica específica y concreta, no puede el juez de tutela entrar a suplantar la competencia de los profesionales de salud, en el sentido de ordenar procedimientos que no han sido debidamente identificados y cuya valoración acerca de su necesidad y pertenencia todavía no ha sido realizada por los profesionales de la medicina, incluso como consecuencia de la realización del primer procedimiento. Por lo demás, no se trata de un asunto que responda al sentido común, en especial por el riesgo extraordinario que tienen las cirugías estéticas derivadas de su carácter invasivo, a partir del cual el juez de tutela pueda sostener que es procedente su otorgamiento sin la existencia de una orden médica.

Por esta razón, y sin que sea necesario el examen del resto de requisitos para el otorgamiento de procedimientos no POS, se procederá a revocar la orden consagrada en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

No obstante, en la medida en que el médico tratante plantea que el exceso de piel en las citadas partes del cuerpo ha dado lugar a la aparición de intertrigo, el cual, favorece el desarrollo de infecciones, se ordenará a la EPS demandada remitir a la accionante a valoración médica, con el fin de precisar y determinar el procedimiento a seguir, incluyendo la eventual práctica de una cirugía.

3.9.3. Cuotas moderadoras

³⁴ Folio 78 del cuaderno principal.

En lo concerniente a la exoneración de las cuotas moderadoras, es necesario analizar la capacidad económica de la accionante frente al costo que le correspondería asumir. Al respecto, se tiene que los ingresos de la señora Moreno Chaparro como trabajadora independiente, equivalen a un salario mínimo mensual, el cual para el presente año corresponde a \$ 616.000 pesos, su compañero labora como conductor de servicio público, tiene tres hijos de los cuales uno es menor de edad (15 años) y afirma que deben pagar un arriendo de \$ 550.000 pesos mensuales³⁵.

Por otro lado, en atención a sus ingresos, la accionante se encuentra afiliada en Categoría A, por lo cual le corresponde asumir por concepto de cuota moderadora un valor de \$ 2.400 pesos por servicio prestado, conforme se indicó previamente en esta providencia. Tal suma no representa un detrimento grave o un impedimento para el acceso al servicio de salud, si se tiene en cuenta que el núcleo familiar de la accionante cuenta con su compañero para compartir los gastos de sostenimiento y que, adicionalmente, no se evidencia una situación gravosa al interior de la familia que genere grandes egresos, incluso en información remitida por CIFIN S.A, se observa que la demandante “no registra información financiera, crediticia, comercial ni de servicios” en dicha base de datos³⁶.

En consecuencia, al no observar en el expediente ningún elemento de juicio que demuestre la imposibilidad económica de la accionante para asumir la cancelación de las cuotas moderadoras, cuyo valor es razonable y acorde con sus ingresos, se considera que la señora Moreno Chaparro se encuentra en capacidad de asumir su pago. Por esta razón, se revocará la orden consagrada en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia

3.9.4. Tratamiento integral

Por último, en lo que atañe a la solicitud de la actora para que en el futuro le sean concedidos todos los servicios médicos que requiera, es preciso señalar que, como previamente se expuso, en virtud del principio de integralidad, la Corte ha determinado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los procedimiento médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo sus derechos fundamentales, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

³⁵ Folio 3 del cuaderno principal.

³⁶ Folio 127 del cuaderno principal.

Expediente T-4265140

Visto lo anterior, en el caso bajo examen, la Sala encuentra que pretensión invocada por la accionante no está llamada a prosperar, en primer lugar, porque más allá de la cirugía de *lipectomía abdominal circunferencial*, como ya se dijo, no existe una prestación concreta en salud que pueda ser autorizada por el juez de tutela; y en segundo lugar, porque ni del material obrante en el expediente, ni de lo dicho por las partes en el trámite del amparo constitucional, se advierte que exista una negación diferente a los servicios invocados en esta tutela, por lo que no es posible conceder el amparo a partir de simples suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales de la accionante.

3.10. Conclusión

Por lo anterior, esta Sala considera que en lo que respecta al procedimiento *lipectomía abdominal circunferencial* y a los exámenes previos necesarios para su realización, no cabe emitir orden alguna, si se tiene en cuenta que la cirugía ya fue realizada y existe una carencia actual de objeto. Por dicha razón, en ese punto, se confirmará la decisión del juez de instancia. Por el contrario, en lo que atañe a los procedimientos de levantamiento de senos y de muslos, a la solicitud de tratamiento integral y a la exclusión en el pago de las cuotas moderadoras, por las razones previamente expuestas en esta providencia, se revocarán la ordenes proferidas por el *a quo*.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 16 de octubre de 2013 proferida por el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en lo concerniente a la autorización del procedimiento denominado *lipectomía abdominal circunferencial*, previsto en el numeral segundo de la parte resolutive de dicho fallo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NEGAR la protección de los derechos fundamentales invocados en la demanda, respecto de los procedimientos de levantamiento de senos y de muslos, tratamiento integral y exoneración de cuotas moderadoras. Por dicha razón, **REVOCAR** las órdenes dadas en los numerales tercero, cuarto y quinto de la sentencia del 16 de octubre de 2013 proferida por el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá.

Expediente T-4265140

TERCERO.- ORDENAR a Famisanar EPS que, en un término que no podrá exceder de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia, remita a la señora Carolina Moreno Chaparro a valoración médica, con el fin de precisar y determinar el procedimiento a seguir para el tratamiento del intertrigo que padece, incluyendo la eventual práctica de una cirugía.

CUARTO. - Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General