

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Magistrado Ponente

Pereira, Catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO:	Impugnación de Acción de Tutela
RADICADO:	660013105003202300001-01
ACCIONANTE:	NOELBA MENA ROA
ACCIONADA:	NUEVA EPS S.A.
TEMA:	DERECHO A LA SALUD y otros
DECISIÓN:	CONFIRMA

SENTENCIA No. 10

Aprobado por Acta No. 26 del 14 de marzo de 2023

En la fecha y una vez cumplido el trámite de ley, se decide el recurso de impugnación interpuesto por la NUEVA EPS frente al fallo de primera instancia del 19 de enero de 2023, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda.

I. ANTECEDENTES

La señora **NOELBA MENA ROA**, actuando en nombre propio, promovió acción de tutela contra la NUEVA EPS S.A., al considerar vulnerados y amenazados su derecho fundamental a la salud y la dignidad humana, consagrados en la Constitución Política.

La accionante justifica el amparo constitucional basado en los siguientes,

HECHOS

Señaló que el 28 de mayo de 2022 dio a luz a su hija, pero durante y después del embarazo sus senos iniciaron a crecer de una manera desproporcionada, tanto así que le fue imposible amamantar a su hija y comenzó a presentar dolores en su espalda y hombros. Debido a ello, le fue diagnosticado HIPERTROFIA DE LA MAMA PESADAS y la especialista en cirugía plástica le formuló la cirugía de MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN UNILATERAL BILATERAL y una consulta en anestesiología. No obstante, la NUEVA EPS se niega a autorizar la cirugía, pues mediante comunicación del 20 de diciembre de 2022 indicó que dicho procedimiento es cosmético o de embellecimiento, por ende, no está cubierta dentro del plan de beneficios.

PRETENSIONES

La accionante solicita se tutelen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS S.A. a que en el término de 48 horas, autorice y realice la cirugía de MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN UNILATERAL BILATERAL, asimismo, se programe la consulta con el especialista en anestesiología.

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La **NUEVA EPS S.A.** manifestó que el procedimiento requiere de un servicio que se encuentra por fuera del plan de beneficios, por tanto, es necesario adelantar los trámites correspondientes ante el MIPRES, si se tiene en cuenta que por tratarse de tecnologías NO POS es necesario que la autorización de la misma se realice a través de la plataforma creada por parte del Ministerio de Salud denominado MIPRES. Agregó que lo solicitado por la accionante excede la órbita de cumplimiento del plan de beneficios, ya que, no es un servicio de salud sino un servicio estético que pretende la accionante con cargo al debilitado sistema de salud y son este tipo de solicitudes las que desangran los limitados recursos de la salud.

Advirtió que la actora no aportó ninguna prueba que permita inferir una afectación a su estado de salud, por tanto, la decisión del juez debe estar

encaminada a declarar improcedente la solicitud, en concordancia con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional referente a los servicios estéticos solicitados por vía tutela.

Insistió en que el procedimiento quirúrgico tiene una connotación estética y no funcional, por ende, no se encuentra cubierto en el POS, por lo tanto, es imperioso dejar de presente que el derecho a la salud no es absoluto, sino limitado, más cuando nos encontramos frente a procedimientos de carácter eminentemente estéticos que además desequilibran el sistema financiero del Régimen de Seguridad Social en Salud, por cuanto quien en últimas asume estos gastos es el Estado, a través del ADRES, en contravía del principio de solidaridad del sistema.

En conclusión, solicita que no accedan a las pretensiones de la acción de tutela y no conceder el tratamiento integral. Subsidiariamente, solicitó ordenar el reembolso de todos aquellos gastos en que incurra la NUEVA EPS en cumplimiento del fallo de tutela.

FALLO IMPUGNADO

Mediante sentencia del 19 de enero de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, resolvió tutelar el derecho a la Seguridad Social de la demandante por la omisión de la NUEVA EPS S.A., en consecuencia, le ordenó a que realice los trámites pertinentes para autorizar el procedimiento denominado MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN UNILATERAL BILATERAL, junto con la consulta con el especialista en anestesiología, como lo ordenó el médico tratante.

Como fundamento de la decisión, la *a quo* señaló que, en virtud de los artículos 129 y 130 de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, se establecieron los servicios médicos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, que no serán financiadas por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), así se excluyen 1) la cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética, o suntuaria, 2) las cirugías para corrección de vicios de refracción por razones estéticas y, 3) los tratamientos nutricionales con fines estéticos. En razón a ello y en concordancia con la Ley 1438 de 2011, Ley 1751 de 2015, la Resolución 5269 de 2017 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consideró que la cirugía requerida por

la actora tiene como finalidad un propósito funcional que le proporcionará un bienestar emocional, social y psíquico, por ende, no se trata de un procedimiento estético o por embellecimiento.

IMPUGNACIÓN

La NUEVA EPS impugnó la decisión bajo el argumento de que la Ley 1751 de 2015 y la Resolución 2273 del 22 de diciembre de 2021, estableció que el servicio de MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN UNILATERAL está excluido del Plan de Beneficios de Salud, motivo por el cual no puede financiarse con recursos públicos de la salud. Insistió en que se trata de un procedimiento con un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vida de la persona; por lo tanto, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

Procede la Sala a decidir previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

Sobre la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la **Acción de Tutela** como un instrumento jurídico a través del cual los ciudadanos pueden acudir ante los Jueces Constitucionales a reclamar la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estén siendo vulnerados, sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza de obtener oportuna resolución. Así pues, la Tutela procede frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de dichos derechos fundamentales, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; de esta forma, se propende por cumplir uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente.

Se trata entonces de una categoría constitucional de protección que consagró la Constitución de 1991, tendiente a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una

autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Es un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido, la Acción de Tutela es un instrumento jurídico de carácter subsidiario que no puede ser asumida como una institución procesal alternativa, supletiva, ni sustitutiva de las competencias constitucionales y legales de las autoridades públicas.

Sobre el derecho a la salud

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha señalado, de conformidad con el Art. 49 de la Constitución Política, que la salud tiene una doble connotación, como derecho y servicio público¹. En tal sentido, ha precisado que todas las personas deben acceder a este último, y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad².

Ahora, la Ley 1751 de 2015³ indica en el artículo 6, literal c, que la accesibilidad comprende que *“Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”* y el artículo 14 prohíbe la negación de prestación de servicios así: *“Parágrafo 1°. En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias, tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio como de las demás personas que contribuyeron a la misma. Parágrafo 2°. Lo anterior sin perjuicio de la tutela”*.

La Corte Constitucional ha enfatizado que *“El goce del derecho a la salud depende de un diagnóstico efectivo el cual implica una valoración oportuna respecto a las dolencias que afecta al paciente, la determinación de la*

¹ En relación con el derecho a la salud, la Corte Constitucional ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

² Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

³ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

*patología y del procedimiento médico a seguir, el cual, una vez iniciado “no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”⁴ y ha reiterado que “la interrupción o **negación de la prestación del servicio de salud por parte de una E.P.S. como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e irrazonables, no puede trasladarse a los usuarios, pues dicha situación desconoce sus derechos, bajo el entendido de que pone en riesgo su condición física, psicológica e incluso podría afectar su vida**”.* (Negrilla fuera de texto)

Es importante señalar que la Ley Estatutaria del Derecho a la Salud - 1751 de 2015-, eliminó la distinción entre servicios POS y NO POS, en virtud de asignarles mayor autonomía a los profesionales de salud, entendiendo que el servicio debe prestarse de manera integral, y suministrando a los pacientes lo que sea necesario para prevenir, atender o recuperar el estado de salud. En tal sentido la garantía del derecho fundamental a la salud se concibió bajo la nueva óptica de la Ley Estatutaria, en una concepción integral del derecho que incluye su promoción, prevención, paliación de la enfermedad y recuperación de las secuelas, salvos algunos servicios y tecnologías.

Al respecto, la Corte constitucional en sentencia T-133 de 2020 señaló que:

“(...) la garantía del derecho fundamental a la salud comprende el acceso de todos los colombianos a unas prestaciones que tienen por objeto lograr la preservación, mejoramiento y promoción de la salud. Mediante la Ley 1751 de 2015, se creó un nuevo modelo de aseguramiento para los usuarios del sistema diferente al originalmente previsto en la Ley 100 de 1993[2]. En efecto, el artículo 15 de la precitada ley estableció un nuevo criterio de definición de los servicios y tecnologías financiados con los recursos públicos asignados a la salud, según el cual, la garantía del derecho se da a través de la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral del derecho, que incluye su promoción, prevención, paliación de la enfermedad y recuperación de las

⁴ Sentencia T-259 de 2019

secuelas, salvo los servicios y tecnologías que cumplan con alguno de los siguientes criterios:

- (i) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- (ii) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- (iii) Que no haya evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- (iv) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- (v) Que se encuentren en fase de experimentación; o*
- (vi) Que tengan que ser prestados en el exterior.*

Para efectos de materializar la implementación de este nuevo esquema de aseguramiento con base en exclusiones, el mencionado artículo dispuso que los servicios o tecnologías que cumplieran con alguno de los criterios reseñados no estarían cubiertos con la financiación del Sistema por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante un procedimiento técnico científico de carácter público, colectivo, transparente y participativo, que debe contar con el criterio de expertos independientes, asociaciones profesionales y pacientes potencialmente afectados. Dicho procedimiento, culminó con la expedición de la Resolución No. 5267 de 2017, en la cual se adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidos expresamente de la financiación con los recursos públicos destinados a la salud para el año 2018. Así mismo, dicho Ministerio actualizó el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC para esa vigencia, mediante Resolución No. 5269 de 2017.”

Lo anterior lleva claramente a observar que desde la concepción misma del derecho a la salud y bajo la nueva ley estatutaria, le asiste a la población en general el criterio de integralidad en la prestación de servicio de salud, y que las exclusiones propias del plan de beneficios en salud se deben a unos criterios determinados previamente bajo unas condiciones específicas.

Caso Concreto

Descendiendo al caso bajo estudio, se evidencia que la actora sufre un diagnóstico denominado HIPERTROFIA DE LA MAMA PESADAS, en razón a ello, le fue prescrito por su médico tratante el procedimiento quirúrgico de MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN UNILATERAL BILATERAL y una consulta con el especialista en anestesiología. (Anexos03) No obstante, el 20 de diciembre de 2022 la NUEVA EPS le comunicó a la actora que no autorizaba el procedimiento porque se trataba de una cirugía con fines estéticos o suntuarios.

Respecto de este tema, la Corte Constitucional analizó un caso de connotaciones similares en la Sentencia T-965-2014, donde la EPS SÁNITAS negó el procedimiento de reducción de mama a una paciente que padecía *hipertrofia de mamas*, en dicha circunstancia la Corte tuteló los derechos de la accionante y concluyó que “(...) *es inconstitucional presumir que en todos los casos el servicio mamoplastia de reducción tiene fines estéticos. La razón, como se mostró, es que dicha intervención es en muchos casos la respuesta médica a dolores o molestias que sufren algunas mujeres por el tamaño inadecuado de su busto en relación con su contextura física y su edad. Por lo tanto, estimó que si un médico tratante ordena el servicio para mejorar la condición de salud de una usuaria, la entidad de salud debía autorizarlo. (...) si la evidencia médica permite concluir que el servicio señalado no tiene fines estéticos, es deber de las entidades que componen el Sistema de Salud, suministrarlo.*” (Negrilla fuera de texto)

Se entiende que los procedimientos estéticos, se encuentran excluidos del Plan de Beneficios porque se tratan de servicios que carecen de urgencia y no son necesarios para lograr el bienestar físico y mental de los pacientes. Además, no se puede perder de vista que los recursos del Estado son limitados y están destinados a la satisfacción de la salud, integridad y la vida en condiciones dignas de todos, especialmente, para las personas subsidiadas; por lo tanto, le corresponde al juez de tutela examinar cada caso para establecer si la intervención quirúrgica solicitada por la afiliada tiene realmente un carácter estético o si persigue un fin diferente y directamente relacionado con el restablecimiento de la salud.

Pues bien, para esta Sala resulta evidente que el caso de la señora NOELBA MENA no corresponde a un procedimiento quirúrgico con fines

estéticos, puesto que, como refiere en su escrito de tutela, desde el 2022 sus senos han crecido de forma excesiva al punto que no pudo amamantar a su hija apenas nacida, presenta dolores de espalda y hombros. Precisamente, por causa de estas molestias su médico tratante y especialista en cirugía plástica y estética Dr. Yilmar Fredy Caviedes, le diagnosticó *mamas hipertróficas y pesadas que le ocasiona dolor de espalda, limitación para ejercicios, dificultades para la vestimenta y afectación emocional.* (fl.5, anexo03)

Con relación a los procedimientos quirúrgicos, la Resolución 2808 del 2022, *por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*, establece en el Anexo No. 2, código 85.3.1. que la *REDUCCIÓN DE MAMA (MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN)* hace parte de los servicios financiados por la UPC; y se excluyen los procedimientos de “85.3.2.02 *Mamoplastia de aumento bilateral con dispositivo*, 85.3.2.03 *Mamoplastia estética de aumento unilateral con tejido autólogo* y, 85.3.2.04 *Mamoplastia estética de aumento bilateral con tejido autólogo.*” Lo anterior, quiere decir que en ningún caso la REDUCCIÓN DE MAMA se encuentra por fuera de los servicios financiados con recursos de la UPC.

Conforme a lo anterior, no tienen asidero los argumentos de la NUEVA EPS cuando sostiene que el procedimiento de MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN UNILATERAL está excluido del Plan de Beneficios de Salud conforme a la Resolución 2273 de 2021 *por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud*, pues una vez analizada dicha norma no se encuentra tal procedimiento quirúrgico entre el listado de servicios excluidos de la financiación con el UPC; en consecuencia, no existen razones jurídicas ni soportes legales que autoricen a la NUEVA EPS a negar o restringir el servicio de salud, por lo tanto, oponerse a la autorización del procedimiento quirúrgico de MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN UNILATERAL BILATERAL de la accionante, ordenado por su médico tratante adscrito a la EPS, se traduce en una vulneración flagrante de los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana de la accionante.

Así las cosas, se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada, por medio de la cual, se tutelaron los derechos fundamentales a la accionante y se ordenó a la EPS que en 48 horas, proceda a adelantar los trámites para autorización y práctica

del procedimiento quirúrgico de MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN UNILATERAL BILATERAL junto con la consulta con el especialista en anestesiología.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de enero de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes en la forma y términos consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: DENTRO de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, **REMÍTASE** de forma electrónica y en los términos del Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, la presente Acción de Tutela ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
(Ausencia Justificada)

Firmado Por:

German Dario Goetz Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación: **2141e2d2a214a8d678fc9a521eedfc3401bb9290915c3f6b8217703b74f17ad1**

Documento generado en 14/03/2023 10:16:02 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>