

(...) se presenta una afectación del derecho a la salud, concretamente una vulneración del derecho al diagnóstico efectivo de la accionante, pues aún no se ha realizado la valoración por psicología que ya había sido ordenada por los médicos tratantes y que permitía establecer la naturaleza del procedimiento solicitado.

DERECHO AL DIAGNOSTICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Necesidad de orden del médico tratante para acceder a servicios o tecnologías en salud

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Cobertura/PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Sistema de exclusiones/PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Reglas jurisprudenciales para no aplicar la exclusión

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Fundamental como parte de la salud/DERECHO AL DIAGNOSTICO-Está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción

CIRUGIAS FUNCIONALES Y ESTETICAS-Diferencias

CIRUGIA PLASTICA RECONSTRUCTIVA CON CARACTER FUNCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de cirugía estética

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Excepción a la exclusión de cirugías estéticas o cosméticas/DERECHO A LA SALUD-Derecho a recibir los tratamientos con implicaciones estéticas, que no buscan el embellecimiento sino la recuperación del estado físico previo a accidente, enfermedad o trauma

(...) se deben examinar en conjunto los siguientes criterios: (i) que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico; (ii) que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología; (iii) que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita (iv) que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Prestación ininterrumpida, constante y permanente

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Traslado excepcional de los afiliados de una EPS a otra porque a la primera le ha sido ordenada su liquidación

DERECHO A LA SALUD-Traslado a otra EPS por liquidación de la original no puede implicar suspensión del tratamiento médico

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD E INTEGRALIDAD EN EL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Prohibición de anteponer barreras administrativas para negar servicio

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Sala Primera de Revisión

Sentencia T- 055 de 2023

Referencia: Expediente T-8.975.383

Acción de tutela instaurada por Martha Milena Morellis Castillo en contra de la EPS AMBUQ ESS y la EPS Mutual Ser.

Magistrada ponente:

Natalia Ángel Cabo

Bogotá, D. C., nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Natalia

Ángel Cabo (quien la preside) y Diana Fajardo Rivera, y por el magistrado Juan Carlos Cortés González, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y en los artículos 32 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA.

Esta decisión se adopta en el trámite de revisión del fallo de única instancia que expidió el 8 de abril de 2021 el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta, dentro de la acción de tutela instaurada por Martha Milena Morellis en contra de la EPS AMBUQ ESS (en adelante AMBUQ) y de la EPS Mutua Ser.

El 16 de diciembre de 2021, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta remitió a la Corte Constitucional el expediente T-8.975.383. La Sala Décima de Selección de Tutelas de esta Corporación, mediante el auto del 28 de octubre de 2022, eligió dicho expediente para su revisión y, por sorteo, le correspondió a la magistrada Natalia Ángel Cabo la elaboración de la ponencia.

I. ANTECEDENTES

El 18 de marzo de 2021, la señora Martha Milena Morellis Castillo presentó acción de tutela¹ en contra de la EPS AMBUQ por la presunta vulneración de sus derechos a la vida, la seguridad social, la salud y la dignidad humana. La accionante indicó que sus derechos fundamentales se transgredieron porque los médicos que la valoraron determinaron que el procedimiento quirúrgico de reconstrucción del lóbulo de la oreja derecha que ella solicitó no podía ser cubierto por la EPS a la que estaba afiliada.

A continuación, se resumen los hechos relevantes en relación con la acción de tutela:

1. Hechos.

1. A inicios del año 2020, la señora Martha Milena Morellis se encontraba afiliada en el régimen subsidiado a la EPS AMBUQ. En ese entonces, la accionante acudió en varias ocasiones a citas médicas programadas, en las cuales fue atendida y examinada por múltiples profesionales adscritos a la ESE Hospital Universitario Julio Méndez Barreneche. Estos médicos trataron a la señora Morellis por una bifurcación y rasgadura de la oreja derecha.

2. El 16 de enero de 2020, la señora Morellis fue valorada por el médico especialista en cirugía plástica Cruz Charris en la IPS Previmedisalud S.A.S. El profesional emitió un concepto en el que manifestó que la señora Morellis Castillo debía ser valorada por cirugía general con el propósito de establecer: “si se considera que la afectación es funcional o estética”². Igualmente, el médico anotó que la paciente “refiere y se nota clara afectación psicológica”³ como consecuencia de la bifurcación del lóbulo de la oreja derecha.

3. Posteriormente, en consulta del 10 de febrero de 2020, en la ESE Hospital Universitario Julio Méndez Barreneche, el médico especialista en cirugía plástica Frank Alonso Rodríguez Martínez anotó que la accionante estaba: “en estado de depresión secundario a trauma en lóbulo de la oreja”⁴ y la remitió a cirugía plástica, pero no emitió orden médica en relación con el procedimiento quirúrgico solicitado.

4. Luego, en cita del 18 de marzo de 2020 en la misma institución, el médico especialista en

cirugía plástica Edwin Vega de la Hoz consignó en la historia médica que la paciente presenta: “lóbulo de la oreja con alteración secundaria al peso de sus aretes y leve hendidura en el lóbulo de la oreja derecha”⁵. Asimismo, el profesional estableció que “la paciente refiere que no está conforme con su apariencia y aspecto cosmético”⁶ y que por esta razón “la paciente comenta que ha presentado tristeza y depresión relacionadas con su autopercepción”⁷. El médico consideró que se requería la intervención quirúrgica para superar la rasgadura en la oreja, pero que “se debía gestionar en EPS procedimiento No POS o que no hace parte del plan de beneficios por tener un componente cosmético o estético”⁸. En esa medida, se abstuvo de ordenar una cirugía reconstructiva, porque consideró que dicho procedimiento no hace parte del plan de beneficios.

5. Como se explicará más adelante, no se evidencia que las valoraciones por psicología ordenadas por los médicos tratantes se hayan llevado efectivamente a cabo.

2. Pretensiones y fundamentos de la acción de tutela⁹.

6. Por esta razón, el 18 de marzo de 2021, la ciudadana interpuso acción de tutela en contra de la EPS AMBUQ en la que solicitó que se le protejan sus derechos a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social, y a la salud. Como medida de protección, solicitó que se ordene a la entidad accionada autorizar, en forma urgente, la operación del lóbulo de su oreja rasgada y remitirla a cirugía plástica. En ese sentido señaló que esa clase de procedimientos, aunque son pequeños, también pueden afectar la dignidad humana.

En relación con la procedencia de la acción de tutela, la accionante afirmó que este amparo constitucional es el único medio idóneo para proteger los derechos fundamentales y constitucionales a la salud, la seguridad social y la dignidad humana. También indicó la señora Morellis que la Corte Constitucional ha señalado, de forma reiterada, que la protección del derecho a la salud involucra, de manera directa, el amparo de la dignidad

humana.

Con respecto al fundamento de sus pretensiones, la accionante alegó que verse bien es importante para su autoestima y que, por causa de la rasgadura en su oreja derecha, siente que le falta una parte de sí misma. La señora Morellis también puso de presente que cada día empeora su depresión y que incluso evita encontrarse con su familia para que no la vean.

Así, con fundamento en lo expuesto, la accionante solicitó, como medida de protección de sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, que se ordene a la EPS accionada prescribir y autorizar la cirugía reconstructiva del lóbulo de la oreja derecha.

7. La Superintendencia Nacional de Salud ordenó, mediante resolución número 001214 del 8 de febrero de 2021¹⁰, la intervención forzosa para liquidar la EPS AMBUQ. En vista de lo anterior, la accionante fue trasladada a la EPS Mutual Ser, a la cual se encuentra afiliada desde el 1º de mayo de 2021 como cotizante en el régimen contributivo¹¹.

3. Actuación procesal en el trámite de tutela¹².

8. La acción de tutela le correspondió, por reparto, al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta. En auto del 18 de marzo de 2021¹³, la autoridad judicial admitió la acción de tutela en contra de EPS AMBUQ y requirió a esta entidad para que, dentro de los 2 días siguientes a la notificación de dicho auto, rindiera un informe detallado en relación con los hechos expuestos por la accionante.

9. La entidad accionada no se pronunció en ningún momento.

4. Fallo de tutela objeto de revisión¹⁴.

10. El 8 de abril de 2021¹⁵, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta emitió fallo de única instancia en el que concedió parcialmente el amparo de los derechos de la accionante. El juez de tutela amparó el derecho a la salud de la señora Morellis Castillo y le ordenó a la EPS AMBUQ que autorizara la cita con psicología prescrita por los médicos tratantes. Sin embargo, el juez negó la pretensión relacionada con la autorización de la cirugía reconstructiva del lóbulo de la oreja derecha solicitada en la acción de tutela. La decisión se sustentó en los siguientes argumentos:

En primer lugar, la autoridad judicial constató que, en efecto, la accionante tiene una bifurcación y rasgadura en el lóbulo de su oreja derecha y que los médicos tratantes ordenaron su remisión a valoración por psicología, debido a que la ciudadana indicó que la rasgadura en mención afecta su salud mental.

En segundo lugar, y con base en ese contexto fáctico, el juez indicó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existe una distinción relevante para establecer qué procedimientos quirúrgicos deben ser cubiertos por el sistema de seguridad social en salud. Ella consiste en diferenciar entre la atención médica con fines de embellecimiento y la atención médica de carácter funcional¹⁶. Por lo anterior, se puede decir que existen dos tipos de intervenciones quirúrgicas: (i) las de carácter cosmético, de embellecimiento o suntuarias “cuya finalidad última es la de modificar o alterar la estética o la apariencia física de una parte del cuerpo con el fin de satisfacer el concepto subjetivo que la persona que se somete a este tipo de intervenciones tiene sobre el concepto de belleza”¹⁷; y (ii) las de carácter funcional cuyo “interés es corregir, mejorar, restablecer o reconstruir la funcionalidad de un órgano con el fin de preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y digna”¹⁸. El juez advirtió que la distinción entre las cirugías de carácter cosmético y las intervenciones funcionales deberá hacerse a partir de una valoración o dictamen científico debidamente soportado, y no puede limitarse a

consideraciones administrativas o financieras de la EPS o del paciente.

A partir de lo anterior, el juez de tutela concluyó que la intervención solicitada por la accionante no puede ser considerada funcional, pues “no está demostrada la afectación psicológica que alega padecer la señora Morellis Castillo como consecuencia de la bifurcación y rasgadura en el lóbulo derecho de su oreja, pues de los documentos anexados no se logra demostrar el diagnóstico emitido por parte de un profesional en psicología que determine esta condición”¹⁹. Así, el juez de única instancia indicó que, si bien los médicos remitieron a la paciente para que fuera valorada por un psicólogo, en el trámite no se demostró la autorización y realización de la valoración por psicología²⁰. En consecuencia, no se cuenta con un dictamen médico que establezca la necesidad del procedimiento por razones de salud.

Con fundamento en lo expuesto, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta concluyó que: (i) el procedimiento que solicitó la accionante no cuenta con un concepto médico que acredite su necesidad desde una perspectiva funcional o de salud mental; (ii) como consecuencia de lo anterior, se concluye que el procedimiento solicitado es de carácter cosmético o estético; (iii) las cirugías con fines estéticos se encuentran excluidas del Plan de Beneficios en Salud según la Resolución 2481 de 2020; (vi) la accionante no demostró una afectación psicológica y, por lo tanto, no hay lugar a conceder el amparo solicitado respecto de la realización de la cirugía reconstructiva del lóbulo derecho.

Finalmente, la autoridad judicial advirtió que, a pesar de las múltiples órdenes de los médicos tratantes para que la accionada fuera valorada por psicología, no se aportaron pruebas que permitieran evidenciar que dicha valoración hubiera sido realizada. En esa medida, el juez de tutela amparó parcialmente el derecho a la salud de la señora Morellis, y ordenó a la EPS accionada autorizar y realizar la cita con psicología que le fue ordenada a la accionante por sus médicos tratantes.

11. Esta decisión no fue impugnada, por lo que, mediante oficio de 16 de diciembre de 2021, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta remitió el expediente a la Corte Constitucional, con el fin de que se surtiera la eventual revisión del fallo de tutela proferido en única instancia.

5. Actuaciones en sede de revisión y pruebas.

12. Mediante auto de 18 de noviembre de 2022, la magistrada sustanciadora, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, vinculó al proceso a la EPS Mutual Ser, entidad a la que se encuentra afiliada la accionante actualmente y decretó de oficio varias pruebas dirigidas a contar con los elementos suficientes para adoptar una decisión.

13. Primero, se requirió a la accionante para que: (i) aportara pruebas relacionadas con la afectación psicológica que le ha causado la bifurcación y rasgadura en el lóbulo de su oreja derecha; e (ii) indicara si fue atendida por un especialista en psicología en cumplimiento de la orden emitida por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta.

Segundo, se requirió al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta para que remitiera la totalidad de las piezas procesales del expediente, y a la IPS Previmedialud SAS y a las ESE Hospital Universitario Julio Méndez Barreneche para que allegaran la historia clínica de la señora Martha Milena Morellis Castillo.

Tercero, se requirió a la EPS AMBUQ en liquidación y a la EPS Mutual Ser, para que: (i) rindieran informe detallado en relación con los hechos expuestos por la accionante en su escrito de tutela; y (ii) manifestaran si la accionante fue atendida por especialista en

psicología en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta.

14. En respuesta al auto de pruebas, el 19 de diciembre de 2022, el Hospital Universitario Julio Méndez Barreneche ESE envió la historia clínica de la señora Martha Milena Morellis Castillo en un archivo de formato PDF.

15. Por su parte, el 26 de diciembre de 2022, la EPS Mutual Ser manifestó que la señora Morellis Castillo se encuentra afiliada a esa entidad, en el régimen contributivo en salud, desde el cinco (05) de mayo de 2021 y que no registra solicitudes de atención por la especialidad de psicología. Por esta razón la entidad accionada procedió a agendar las valoraciones por psicología y medicina interna que habían sido ordenadas por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta. En dicha comunicación, la entidad indicó que la valoración por psicología había quedado programada para el cinco (05) de enero de 2023, y la valoración por medicina interna para el 30 de diciembre de 2022.

La EPS Mutual Ser manifestó que no ha vulnerado los derechos de la paciente y, en esa medida, solicitó que en caso de que se conceda la atención integral a la accionante, se le reconozca el derecho a reclamar el reembolso ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (desde ahora ADRES) de las sumas requeridas para brindar la atención integral.

16. El 16 de enero de 2023, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta, ahora denominado Juzgado Séptimo de Pequeñas Causas de Santa Marta²¹, envió respuesta en la que adjuntó dos documentos en formato PDF y en la que manifestó que el expediente había sido cargado a la Red Integrada Para La Gestión De Procesos Judiciales En Línea (TYBA) para poder realizar su consulta.

17. Mediante auto de 25 de enero de 2023, la magistrada sustanciadora, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decretó de oficio pruebas adicionales. En particular, (i) requirió a la EPS Mutual Ser para que remitiera los resultados de la valoración psicológica que fue realizada a la accionante el 5 de enero de 2023 y (ii) requirió a la accionante para que aportara los elementos relacionados con la afectación psicológica que le ha causado la bifurcación y rasgadura en el lóbulo de su oreja derecha. Sin embargo, cumplido el término para remitir la información requerida no se obtuvo respuesta.

II. CONSIDERACIONES

1. En el presente asunto se examina una acción de tutela formulada por una mujer de 46 años, afiliada como cotizante al régimen contributivo en salud, que solicita como medida de protección de sus derechos a la salud y la vida en condiciones dignas que se ordene una cirugía reconstructiva del lóbulo de su oreja derecha. Previo a la formulación del problema jurídico de fondo, la Sala, en primer lugar, verificará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, a saber: la legitimación en la causa por activa y por pasiva, la inmediatez, y la subsidiaridad.

El examen de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en el presente asunto.

2. Primero, se encuentra cumplido el requisito de legitimación por activa. En efecto, la acción de tutela fue presentada por la señora Martha Milena Morellis Castillo, en nombre propio, porque consideró que sus derechos fundamentales a la vida, la seguridad social, la salud y la dignidad humana fueron vulnerados. En consecuencia, la solicitud de amparo se formuló por la titular de los derechos fundamentales cuya protección se reclama.

3. Segundo, en relación con el requisito de legitimación en la causa por pasiva, se observa que la acción de tutela fue dirigida, inicialmente, contra la EPS AMBUQ , entidad a la que se encontraba afiliada la accionante en el momento de presentación de la solicitud de amparo. Sin embargo, en el trámite de revisión se advirtió que dicha EPS fue liquidada mediante Resolución 1214 de 2021 y por tal razón se aplicó el mecanismo de asignación y traslado de usuarios establecido en el Decreto 1424 de 2019. Así, la accionante fue trasladada a la EPS Mutual Ser desde el 1 de mayo de 2022. Actualmente, la accionante reporta afiliación en el régimen contributivo en dicha entidad, como cotizante en estado activo²². Por esta razón, en el trámite de revisión, se vinculó a la EPS Mutual Ser en el proceso de tutela.

Lo primero que se advierte es que, para el momento de presentación de la acción de tutela, la EPS AMBUQ era la encargada de prestar los servicios de salud a la accionante y es la entidad a la que se atribuyó la violación de los derechos fundamentales cuya protección se reclamó en la solicitud de amparo. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, la EPS AMBUQ se encontraba legitimada por pasiva cuando se formuló la acción de tutela, esto es, el 18 de marzo de 2021.

Sin embargo, en la actualidad, la encargada de prestar los servicios de salud a la accionante es la EPS Mutual Ser. Aunque ésta no incurrió en las acciones u omisiones que se consideran transgresoras de los derechos fundamentales de la accionante, actualmente es la entidad competente para adelantar las actuaciones ante una orden eventual de restablecimiento de los derechos fundamentales de la señora Morellis.

En efecto, la Corte ha señalado que la legitimación en la causa por pasiva hace referencia a la aptitud legal de la persona de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental²³, así como a la capacidad jurídica o la posibilidad de restablecer los derechos fundamentales en el caso concreto.

En el presente caso se observa que la EPS Mutual Ser, en su calidad de entidad receptora de la afiliación de la accionante tiene la obligación, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1424 de 2019, de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud, incluyendo las prestación de aquellos procedimientos o tecnologías que ya hubieran sido autorizados en la entidad liquidada. Puesto que en el presente caso se debate la realización de un procedimiento que depende de la valoración psicológica que ya autorizó la anterior EPS (AMBUQ), se concluye que en la actualidad la EPS Mutual Ser es la responsable de autorizar el procedimiento solicitado por la accionante y, por tanto, está efectivamente llamada a responder.

En consecuencia, si se llega a examinar el fondo del asunto, la Sala hará referencia en su razonamiento solamente a la actuación de la EPS Mutual Ser, por ser la actual garante de los servicios solicitados por la accionante y de las obligaciones que anteriormente tenía la EPS AMBUQ.

4. En tercer lugar, se debe analizar el requisito de inmediatez. En efecto, la accionante presentó la acción de tutela el 18 de marzo de 2021, es decir, un año después de asistir a la cita médica en la cual se ordenó la remisión a valoración en psicología. En principio, podría considerarse que el tiempo transcurrido entre las actuaciones que se consideran trasgresoras de los derechos fundamentales descarta el carácter inmediato de la acción, ya que pasó un tiempo considerable entre los diagnósticos médicos y la interposición de la acción de tutela.

Sin embargo, frente a este requisito, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, en aras de garantizar la eficacia y prevalencia de los derechos fundamentales, la solicitud de amparo será procedente, a pesar de que haya transcurrido un extenso lapso entre la situación que dio origen a la transgresión alegada y la presentación de la acción, si se advierte la presencia de una o varias de las siguientes circunstancias:

“(1) La existencia de razones que justifiquen la inactividad del actor en la interposición de la acción. (2) La permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, esto es, que, como consecuencia de la afectación de sus derechos, su situación desfavorable continúa y es actual. (3) La carga de la interposición de la acción de tutela resulta desproporcionada, dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros²⁴.”

En el presente caso, se observa que se presentan dos de las anteriores situaciones:

En primer lugar, existen razones que justifican la inactividad de la accionante. En efecto, si se observa lo establecido por los especialistas en cirugía plástica en la historia clínica de la accionante se evidencia que para poder autorizar la cirugía de reconstrucción solicitada por la señora Morellis se requería previamente una valoración por psicología. Sin embargo, a pesar de que se solicitó por parte de los médicos tratantes dicha valoración, esta nunca tuvo lugar. Por tanto, se puede pensar que la accionante estaba esperando a que tuviera lugar su valoración por psicología para tener claridad sobre su petición. Sin embargo, como Mutual Ser sólo respondió que había agendado la valoración hasta enero de 2023, lo cierto es que la señora Morellis no tenía un referente válido para asumir que el procedimiento que solicitó iba a ser definitivamente negado. En esa medida, se configuró una justificación válida para entender por qué la accionante no interpuso la acción de tutela sino hasta comprender que la valoración por psicología no sería programada y que lo más probable era que la cirugía que solicita tampoco fuera autorizada.

En segundo lugar, permanece la vulneración de los derechos de la accionante. En efecto, en relación con el derecho de salud, la Corte ha establecido que para estudiar la inmediatez se debe tener en cuenta el estado de salud actual del accionante²⁵. Con base en ello, la Corte ha concedido protección en sede de tutela a personas que a pesar de haber dejado transcurrir un cierto tiempo entre la situación que originó la vulneración y la interposición de

la tutela siguen en una situación donde se afecta su derecho a la salud²⁶. En el presente caso, se advierte que la presunta vulneración de los derechos a la salud psicológica alegada por la accionante se mantiene, pues, como se explicará más adelante, no existe prueba ni de que se haya realizado el procedimiento quirúrgico ni de la valoración psicológica de la accionante que permita establecer un diagnóstico sobre el procedimiento. En consecuencia, la persistencia del hecho que da lugar a la vulneración es el argumento central para superar el requisito de inmediatez.

Por las anteriores razones, se considera que en este caso se cumple con el requisito de inmediatez.

5. En cuarto lugar, se cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales efectivos para obtener la protección de sus derechos a la salud y vida en condiciones dignas.

Así en el presente caso, la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la accionante no cuenta con otro mecanismo idóneo y eficaz para solicitar la protección de sus derechos a la salud.

6. En conclusión, la tutela presentada por la señora Martha Milena Morellis Castillo cumple con los requisitos generales de procedencia de esta acción. En esa medida, se pasará a plantear el problema jurídico y el esquema de la decisión.

Planteamiento del problema jurídico

7. El 18 de marzo de 2021, Martha Milena Morellis Castillo presentó acción de tutela en la que solicitó, como pretensión principal, que se le autorizara la realización de una cirugía reconstructiva del lóbulo de su oreja derecha. Esta pretensión se dirigió contra la EPS AMBUQ, a la que estaba afiliada en el momento de formulación de la acción de tutela. En el fallo de única instancia proferido el 8 de abril de 2021 por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta se amparó parcialmente el derecho a la salud de la accionante y se ordenó a la entidad accionada autorizar la cita con psicología prescrita por los médicos tratantes.

En la resolución del 8 de febrero de 2021, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la intervención forzosa de la EPS AMBUQ y, luego, el 1º de mayo de 2021 la accionante se trasladó a la EPS Mutual Ser como cotizante en el régimen contributivo. Esta entidad fue vinculada en el trámite de revisión e indicó que, hasta diciembre de 2022, no había recibido peticiones de la accionante y que por esa razón no había emitido la autorización de procedimientos o servicios prescritos por los médicos adscritos a la entidad. En esa medida, señaló la entidad que había programado la valoración por psicología para el 5 de enero de 2023 pero, a pesar de varios requerimientos, la accionante no confirmó que esta se hubiera realizado efectivamente. Por lo tanto, como en el presente caso se advierte una posible omisión que se mantiene en la autorización de la cita con psicología, se presentará un problema jurídico relacionado con la actuación de MutualSer, actual encargada de prestar dicho servicio de salud.

Con base en los hechos expuestos, se observa que existen dos escenarios de análisis de la eventual violación de los derechos fundamentales de la accionante. El primero, corresponde a la actuación de la EPS AMBUQ y la decisión de no ordenar el procedimiento quirúrgico que reclamó la accionante. El segundo, consiste en establecer si la EPS Mutual Ser violó los derechos de la accionante al no autorizar la cita con psicología ordenada por los médicos que la trataron y por un juez de tutela.

Así, a partir del primer escenario de análisis le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulneró la EPS AMBUQ los derechos fundamentales a la salud y a las condiciones de vida digna de una mujer que presenta una bifurcación en la oreja al negarse a autorización el procedimiento de cirugía plástica reconstructiva del lóbulo, con el argumento de que se trata de un servicio estético?

Adicionalmente, en vista de las órdenes emitidas por los médicos tratantes, la orden de amparo emitida en el fallo de única instancia y que actualmente la accionante está afiliada a la EPS Mutual Ser, también le corresponde a la Sala establecer lo siguiente:

¿Vulneró la EPS Mutual Ser los derechos fundamentales a la salud y, en particular, la continuidad en el servicio, al no garantizar la práctica de la valoración psicológica ordenada por el juzgado de primera instancia?

Para abordar los problemas jurídicos, la Sala estudiará los siguientes temas: (i) el modelo de salud definido en la Ley 1751 de 2015, los servicios a cargo del sistema de seguridad social en salud y las exclusiones; (ii) la línea jurisprudencial en relación con el derecho a la salud y las cirugías plásticas; y (iii) el traslado de los afiliados entre entidades promotoras de salud en liquidación y el principio de continuidad. Luego de abordar dichos temas, resolverá el caso concreto.

El modelo de salud definido en la Ley 1751 de 2015, los servicios a cargo del sistema de seguridad social en salud y las exclusiones.

8. En primer lugar, es necesario hacer una breve referencia sobre la evolución del modelo de salud en Colombia pues es a partir de este análisis que se puede entender los servicios que pueden o no ser cubiertos por el sistema de seguridad social en salud. En esa medida se expondrán, a partir de la regulación legal y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, las reglas vigentes sobre el tipo de servicios que deben ser cubiertos con cargo al sistema en mención.

La prestación de servicios y tecnologías en salud se rigió, en un primer momento, por la Ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral²⁹. Dicha disposición consagró el Plan Obligatorio en Salud- en adelante POS- que se definía como el plan integral de protección de la salud, con atención preventiva y médico quirúrgica, y medicamentos esenciales³⁰. El modelo POS se fundaba en el sistema de inclusión y exclusión expresa de los servicios de salud. En virtud de este modelo, los recursos públicos debían financiar solamente los servicios que estuvieran incluidos expresamente en la ley³¹. Por lo tanto, cuando un servicio de salud no estaba consagrado legalmente, le correspondía al usuario sufragar personalmente la prestación que requería. Sin embargo, la Corte Constitucional analizó este modelo y concluyó que generaba barreras para el acceso a los servicios en salud, pues, si una persona tenía una enfermedad cuyo medicamento o tratamiento se encontraba excluido o no se incluía expresamente en el POS, debía sufragar directamente las prestaciones en salud así no tuviera los medios para hacerlo.³²

9. Para abordar esta problemática y luego de un amplio desarrollo jurisprudencial de esta corporación sobre el derecho a la salud, el Congreso de la República profirió la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 (en adelante LES), por medio de la cual se estableció que la salud era un derecho fundamental y fijó nuevas reglas sobre la prestación de servicios en salud. La LES modificó el modelo POS y, a partir de ella, el modelo de salud se concretó en el Plan de Beneficios en Salud (en adelante PBS). El sistema PBS abandonó el anterior modelo, y propuso un sistema de exclusiones explícitas, en el que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido, se encuentra incluido y debe ser garantizado por el sistema de seguridad social en salud³³.

10. El artículo 15 de dicha ley precisó lo referente a los servicios incluidos. Dicha disposición establece, en primer lugar, los criterios generales que deben regir las prestaciones asumidas por la seguridad social. En seguida, el artículo citado señala cuáles son los elementos para determinar los servicios excluidos del plan de beneficios. En cuanto a los criterios generales, el inciso 1 de dicho artículo, establece una regla que dispone lo siguiente:

“el sistema debe garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas”³⁴.

11. La Corte Constitucional ha sostenido que ese inciso consagra el principio de integralidad, en virtud del cual los afiliados al sistema pueden acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva y, por lo tanto, los usuarios tienen derecho a que se les otorgue una protección completa en relación con todas aquellas prestaciones en salud que sean necesarias para mantener su calidad de vida³⁵.

12. Por su parte, el inciso segundo del artículo 15 de la LES estableció el sistema de exclusión del PBS, en el que se precisan los servicios que no son financiados por el sistema público en salud. Dicha disposición definió los criterios que permiten establecer cuándo los servicios no serán sufragados con los recursos públicos destinados a la salud. Estos requisitos³⁶, que tienen como objetivo garantizar la sostenibilidad del sistema de salud³⁷, excluyen servicios con fundamento en los siguientes criterios:

“a) que los servicios en salud 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.

b) que no exista evidencia científica sobre la seguridad del servicio de salud y su eficacia clínica.

c) que no exista evidencia científica sobre la efectividad clínica del servicio.

d) que el uso del servicio no haya sido autorizado por la autoridad competente.

e) que el servicio requerido se encuentre en fase de experimentación.

f) que los servicios tengan que ser prestados en el exterior.”³⁸

13. Además de estos criterios, la Corte Constitucional también ha establecido, a partir de una lectura integral de la LES, dos requisitos adicionales para que un servicio de salud pueda ser excluido del PBS.

15. El segundo requisito establecido por la Corte es que la exclusión de los servicios en el PBS no tiene reglas absolutas que apliquen para todos los casos en general. Este criterio exige que, para verificar si el servicio de salud está excluido, se deben tener en consideración las situaciones específicas de cada caso. Esto significa, en otros términos, que es posible encontrar casos donde la situación específica permite que el sistema de salud cubra un servicio de salud que por regla general está excluido. Para establecer cuando no aplicar una exclusión en el caso concreto deben operar las siguientes reglas, que se han construido jurisprudencialmente⁴²:

i. [q]ue la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y

grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas. Sobre este presupuesto, la Sala Plena encuentra necesario precisar que para su superación es necesario que exista una clara afectación a la salud y no basta con la sola afirmación sobre el deterioro de la dignidad humana. Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

i. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

i. Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

16. Ahora bien, aunque se ha admitido la posibilidad de excluir algunos servicios del PBS en virtud del artículo 15 de la LES, la Corte ha insistido en que esta exclusión no puede ir en contravía del principio de progresividad. Este principio, también consagrado en el inciso 4 del ya mencionado artículo 15 de la LES, establece que la ley debe determinar mecanismos para ampliar progresivamente los beneficios en salud. Por tanto, el Estado se encuentra en la obligación de ampliar el nivel de realización del derecho a la salud, así como de abstenerse de tomar medidas que sean regresivas en torno a la prestación de servicios y suministro de tecnologías en salud⁴³.

17. En esa medida la Corte ha concluido que, aunque se pueden excluir algunos servicios del PBS, en virtud de los principios de integralidad y progresividad: a) se debe entender que está incluido todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido del

PBS y; b) que el Gobierno nacional tiene la obligación de actualizar y ampliar la cobertura en materia de atención en salud⁴⁴. Actualmente, los servicios y tecnologías en salud que se encuentran excluidos de financiación con recursos públicos de la salud se encuentran contenidos en la Resolución No. 2273 de 2021.

Derecho al diagnóstico como componente esencial del derecho a la salud

18. Como quiera que el problema jurídico también está relacionado con la obligación de autorizar la valoración psicológica de la accionante para efectos de determinar si el procedimiento quirúrgico que solicita resulta necesario desde la perspectiva de la salud psicológica, la Sala hará unas breves consideraciones en relación con el alcance del derecho al diagnóstico.

El derecho al diagnóstico, como uno de los componentes del derecho a la salud, exige que las entidades prestadoras de salud realicen todos los procedimientos que resulten necesarios para establecer la naturaleza de una afectación en la salud. A partir de esta obligación, el médico debe contar con un panorama completo, que le permita tener plena certeza sobre la enfermedad y determinar las prescripciones más adecuadas, encaminadas a lograr la recuperación de la salud o, al menos, asegurar la estabilidad del estado de salud del paciente⁴⁵.

19. En esa medida, el diagnóstico garantiza que los usuarios reciban un tratamiento adecuado, prescrito en virtud de su situación específica y definido a partir de una valoración técnica y científica que permita llegar a cierto grado de certeza.

20. La jurisprudencia constitucional ha establecido que este derecho comporta tres facetas, a

saber:

“(i) la prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles⁴⁶”.

21. Por lo tanto, a través del diagnóstico médico es posible definir, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal. Por ello, el diagnóstico ha sido entendido no solo como un instrumento que permite la materialización de una atención integral en salud, sino también como un derecho del paciente a que el profesional competente evalúe su situación y determine cuáles son los servicios, procedimientos, insumos y/o tecnologías que requiere para preservar o recuperar su salud⁴⁷.

22. Por otro lado, la Corte también ha precisado que la exigencia de un diagnóstico o concepto médico para suministrar un servicio de salud impone un límite al juez constitucional. En efecto, por regla general, el juez no puede ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, en el que se determine la pertinencia del tratamiento a seguir respecto de la situación de salud por la que atraviesa el paciente, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de competencia de la *lex artis* que rige el ejercicio de la medicina⁴⁸.

23. En conclusión, el derecho al diagnóstico es un aspecto integrante del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que de

cara a la situación del paciente resultan adecuados para preservar o recuperar su salud.

24. En este punto, la Sala pasa analizar qué ha dicho la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de que la seguridad social en salud asuma los costos de los procedimientos en cirugía plástica. En efecto, la cirugía plástica, por regla general, es uno de los servicios que está excluido del PBS en virtud de los criterios establecidos en el inciso 2 del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, por considerar que en la mayoría de los casos tiene propósitos estéticos. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha matizado esta afirmación y establecido que la naturaleza de las cirugías plásticas no siempre es la misma, y por lo tanto las entidades prestadoras de los servicios de salud no pueden calificar, en principio, una cirugía plástica reconstructiva como “estética” o “cosmética” sin antes hacer un análisis del caso particular y de las condiciones físicas, psicológicas y funcionales del paciente que la solicita⁴⁹.

25. Esta corporación ha precisado que hay casos en los que en efecto las cirugías plásticas no tienen exclusivamente una función estética. En esa medida ha establecido este Tribunal que cuando se logre demostrar que una cirugía plástica se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o con el propósito de impedir afectaciones psicológicas, la realización del procedimiento es procedente a través de la entidad promotora de salud⁵⁰.

26. En efecto, de acuerdo con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, las cirugías plásticas pueden ser clasificadas en dos tipos para efectos de establecer su cobertura por parte del sistema de seguridad social en salud. De un lado, se encuentran las cirugías de carácter estético y, de otro lado, las cirugías de rehabilitación o recuperación funcional. Las primeras tienen como finalidad modificar o alterar la estética o apariencia física de una parte del cuerpo con el fin de satisfacer el concepto subjetivo que la persona que se somete a este tipo de intervenciones tiene sobre el concepto de belleza⁵¹. Las segundas, en cambio,

buscan preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y contrarrestar las afectaciones psicológicas que atentan contra el derecho a llevar una vida en condiciones dignas⁵². En otros términos, las cirugías plásticas con fines estéticos buscan cambiar las partes del cuerpo que no le satisfacen al paciente mientras que los procedimientos quirúrgicos reconstructivos con fines funcionales tienen como objetivo lograr mitigar o reconstruir los efectos negativos producto de un accidente o trauma⁵³.

27. Dicho de otro modo, para determinar si es viable constitucionalmente solicitar a una entidad promotora de salud la realización de una cirugía plástica se debe establecer si el procedimiento puede ser considerado como funcional, relacionado con la salud, o como exclusivamente estético. La fijación de estas categorías no tiene de ninguna manera la pretensión de determinar científicamente el carácter funcional de un procedimiento en términos técnicos, sino que procura establecer criterios constitucionales que permitan analizar, en consideración de la situación particular de cada caso, la necesidad de cada persona y el impacto en la salud que tiene la realización de los procedimientos. Es decir, lo funcional de un procedimiento no será un referente objetivo o técnico que pueda aplicarse de la misma manera a todos los casos, sino una consideración particular de la afectación a la salud en cada caso.

28. Por esta razón, los criterios que ha establecido la Corte para determinar si un procedimiento es funcional o estético parten de un análisis de la situación social, médica y mental de quien solicita el servicio en salud. Así, la jurisprudencia ha fijado unas reglas específicas⁵⁴ que toman en consideración tanto la situación de salud en términos técnicos, pero también los criterios socioeconómicos que permiten abordar un análisis integral sobre la necesidad de un procedimiento.

29. Antes de enunciar estos criterios conviene precisar que el juez constitucional, al abordar el análisis de estos elementos, debe realizar una interpretación integral de los mismos, de forma que, solo a partir del estudio conjunto de todos ellos se pueda llegar a una conclusión

definitiva sobre la funcionalidad de cada procedimiento. Estos criterios son:

i. [q]ue el caso no tenga una pretensión exclusivamente estética o con fines de embellecimiento, esto es, que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico⁵⁵. En el marco de este criterio un elemento para definir el carácter funcional de un procedimiento es que haya existido una enfermedad o trauma previos cuya recuperación dependa de la cirugía plástica solicitada⁵⁶.

i. Que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología.⁵⁷ En virtud de esta regla, debe existir un dictamen médico, que justifique con argumentos científicos la necesidad de realización del procedimiento.

i. Que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita⁵⁸. La Corte ha precisado que la capacidad económica no está sometida a un régimen de tarifa legal, sino a la sana crítica. Por tanto, será el juez quien determine, en cada caso en concreto, cuáles son las pruebas e indicios pertinentes para establecer si una persona o su familia carecen de recursos⁵⁹.

i. Que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal y a los derechos sexuales.⁶⁰ Sobre este presupuesto, la Corte ha precisado que es necesario que exista una clara afectación a la salud y no basta con la sola afirmación sobre el deterioro de la dignidad humana⁶¹. En esa medida, para establecer si hay una afectación a la dignidad del paciente se debe establecer la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y

grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas⁶².

30. Sobre los procedimientos estéticos esta Corporación ha examinado casos en los que ha proferido dos tipos de decisiones. De un lado, están los casos en los que ordenó la realización del procedimiento quirúrgico al advertir que este tiene una clara relación con algún requerimiento funcional o una relación directa con afectaciones en la salud mental del paciente. En estos casos la Corte ha señalado que la mora y las trabas administrativas en los procesos de autorización de estos procedimientos generan una grave afectación en el derecho a la salud y la vida en condiciones dignas⁶³. Así, por ejemplo, se pueden ver los casos de cirugías reparadoras de senos con propósitos funcionales o reconstructivos⁶⁴ o en eventos en los que los pacientes deben realizar la cirugía de bypass por diagnósticos de obesidad mórbida⁶⁵.

Por otro lado, la Corte ha examinado un segundo grupo de casos, en los que ha negado el amparo solicitado por considerar que se trata de un procedimiento meramente estético. Así, por ejemplo, se encuentra el caso de una accionante a la que se le fracturó una prótesis mamaria y solicitó el retiro de las prótesis de gel de silicona y el reemplazo por unas nuevas⁶⁶.

31. A partir de lo anterior se puede concluir que, efectivamente, las cirugías plásticas con propósitos estéticos se encuentran expresamente excluidas del PBS. Sin embargo, las de carácter funcional se pueden entender incluidas cuando tienen como fin contrarrestar las alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o impedir afectaciones psicológicas.

El traslado de los afiliados entre entidades promotoras de salud en liquidación y el principio de continuidad.

32. Como quiera que la actora en el trámite de la acción de tutela se trasladó de la EPS accionada y actualmente está afiliada a una entidad diferente a la que le atribuyó la violación de sus derechos fundamentales, la Sala hará una breve referencia a la regulación y a las obligaciones de las entidades prestadoras de los servicios de salud en los procesos de traslado, particularmente desde la perspectiva del principio de continuidad.

La continuidad es uno de los principios que rige los servicios de salud, el cual está previsto en la ley 1751 de 2015 y asegura que las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, es decir, una vez iniciada la prestación de un servicio determinado, no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas. Dentro de los escenarios en los que se debe asegurar la realización del principio en mención se encuentran las actuaciones administrativas relacionadas con la liquidación de las EPS y el traslado de afiliados entre diferentes entidades de promotoras de salud. En estos eventos a las entidades se les imponen diferentes obligaciones dirigidas a garantizar que los afiliados siempre cuenten con una garantía en la prestación del servicio.

33. En el marco de los procesos de liquidación de EPS, el Decreto 1424 del 2019 reitera el deber de garantizar la continuidad en la prestación del servicio e impone a las EPS receptoras de los afiliados las siguientes obligaciones: (i) disponer, a través de su página web y de un medio de comunicación de amplia circulación los datos y las fechas a partir de la cual la entidad se hará responsable de la prestación de los servicios de salud; (ii) informar a los aportantes, a través de un medio de comunicación de amplia circulación los lugares y las direcciones en donde se prestarán los servicios; (iii) indicar a los pacientes con enfermedades de alto costo y madres gestantes, la red prestadora de servicios de salud disponible, responsable de garantizar la continuidad en la atención en salud; y (iv) adelantar de forma previa a la efectividad de la asignación, los procesos de contratación necesarios a fin de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios a la población que le fue asignada.

El artículo 1º del Decreto 055 de 2007⁶⁷, consagra el principio de continuidad en los siguientes términos:

“se debe garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, cuando a una entidad promotora de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica, se le revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o sea intervenida para liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud.”

34. Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la prestación del servicio de salud debe ser ininterrumpida, permanente y constante⁶⁸. Por lo tanto, en virtud del principio de continuidad, se debe impedir que las controversias de tipo contractual, económico o administrativo permitan a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular⁶⁹. Es decir, la continuidad en los servicios en salud garantiza que los afiliados al sistema de seguridad social en salud no se vean afectados por los inconvenientes de carácter presupuestal o administrativo que atraviesen las EPS⁷⁰.

35. La protección de este principio se torna más esencial en los casos en los que las EPS entran en liquidación, pues es en esas situaciones donde se pone más en riesgo su garantía. Por tanto, en estos casos en particular, la Corte Constitucional ha dispuesto que se deberá garantizar la prestación de todos los servicios en salud hasta que el traslado del paciente a otra EPS se haya hecho efectivo y opere en términos reales, con el fin de respetar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen para la prestación del servicio público de salud⁷¹.

36. Bajo el principio en mención se advierte que, si una EPS ha autorizado o tiene obligaciones vigentes con sus afiliados, el hecho de que esa entidad entre en liquidación no

significa que la obligación con sus afiliados cese. Por el contrario, las obligaciones ya contraídas con los afiliados deben ser asumidas por la entidad que la remplazó, puesto que los usuarios son reasignados y sobre ellos no pueden recaer las cargas de las actuaciones administrativas⁷². La EPS receptora de las afiliaciones se convierte entonces en la entidad encargada de garantizar las obligaciones contraídas. Por lo tanto, en los casos en los que exista una orden previa para la prestación de servicios (POS o no POS), por ejemplo, decretada por un juez de tutela, la Corte ha establecido que es la entidad receptora la que debe asumir la obligación impuesta y no puede justificar su negativa a suministrar el servicio, con base en el argumento de que al no haber sido parte en el proceso de tutela, tal imposición vulnera su derecho al debido proceso⁷³.

Caso concreto

37. En primer lugar, de acuerdo con el planteamiento formulado del problema jurídico, le corresponde a la Sala determinar si en el presente caso la actuación de la EPS a la que estaba afiliada la accionante, que no autorizó la cirugía reconstructiva del lóbulo de la oreja derecha ni realizó la valoración psicológica ordenada por los médicos, vulneró los derechos a la salud y a la vida digna de la accionante. Para abordar esta problemática se debe analizar si la negativa de realización del procedimiento solicitado realmente genera una afectación en la salud física y mental de la accionante, de acuerdo con los criterios expuestos en los fundamentos 24 a 25 de esta providencia.

38. Como ya se mencionó, para determinar la afectación de los derechos a la salud en los casos de cirugía plástica, la Corte ha distinguido entre el concepto de procedimiento funcional o relacionado con la salud y el concepto de procedimiento estético. A la luz de esta distinción se entiende que solo hay una verdadera afectación de los derechos en salud cuando se niega el acceso a un procedimiento que pueda ser calificado como funcional⁷⁴ o relacionado con la salud. Esta distinción, como se ha aclarado, no pretende establecer un dictamen científico sobre la naturaleza técnica de los procedimientos, sino que busca

establecer una ruta de interpretación para analizar la afectación del derecho a la salud en cada caso concreto.

La aplicación de esta distinción al caso bajo estudio supone preguntarse si la reconstrucción del lóbulo de la accionante tiene un carácter funcional, lo que significaría que la entidad accionada estaba en la obligación de autorizar el procedimiento o si, por el contrario, la cirugía solicitada por la señora Morellis puede ser considerada como exclusivamente estética y, por lo tanto, la actuación de la entidad Mutual Ser no comportó una violación de los derechos de la accionante.

39. Para responder a este interrogante se debe entonces determinar si en el presente caso el procedimiento solicitado por la accionante puede ser considerado funcional o estético, en los términos los que la Corte ha definido dichos conceptos y a partir de los criterios ya enunciados en la parte general⁷⁵. En esa medida, se estudiará cada uno de ellos, y se analizará, en términos integrales, si la situación particular de la accionante permite concluir que el procedimiento solicitado efectivamente está relacionado con su salud mental y física.

40. El primer criterio establecido por la jurisprudencia constitucional para verificar si el procedimiento está relacionado con la salud consiste en verificar si existe una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico⁷⁶. Al analizar este criterio en el caso en concreto, no se advierte que la accionante tuviera una patología o trauma previo que diera lugar a la solicitud de la cirugía reconstructiva de lóbulo de la oreja derecha. De hecho, lo que se puede extraer de las pruebas obrantes en el expediente es que la señora Morellis sufrió una rasgadura en el lóbulo de su oreja derecho por haber utilizado durante mucho tiempo aretes muy pesados⁷⁷. Por lo tanto, frente a este punto se puede concluir que el procedimiento solicitado no está relacionado con ninguna enfermedad ni con ningún episodio traumático en particular.

El segundo criterio fijado por la jurisprudencia exige una orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología⁷⁸. En el presente asunto no se observa que los médicos especialistas en cirugía plástica que trataron a la accionante emitieran una orden que autorizara el procedimiento solicitado. Ninguno de los especialistas en cirugía consideró que el procedimiento fuera necesario para contrarrestar algún efecto en la salud de la paciente ni en el plano físico ni en el plano mental. Sin embargo, se constata que los médicos sí hicieron referencia a la condición psicológica de la señora Morellis. Así, por ejemplo, el especialista en cirugía Cruz Charris manifestó, después de la valoración que: “se nota que la paciente tiene una clara afectación psicológica”⁷⁹; así mismo, el especialista en cirugía plástica Frank Alonso Rodríguez se refirió a un “cuadro secundario de depresión”⁸⁰. Lo anterior, permite concluir que, aunque no hubo remisión directa a cirugía plástica por la rasgadura de la oreja, sí se plantearon inquietudes sobre la situación psicológica de la accionante por parte de los médicos tratantes.

El tercer criterio que ha establecido la jurisprudencia para determinar el carácter funcional de un procedimiento es que la persona carezca de medios económicos para poder costear la cirugía que solicita⁸¹. Frente a este criterio se observa que, en un principio, cuando la paciente estaba afiliada a la EPS AMBUQ, era beneficiaria en el régimen subsidiado. Sin embargo, a partir de su traslado a la EPS Mutual Ser en mayo de 2021, la accionante pasó a hacer parte del régimen contributivo como cotizante⁸², lo que permite concluir que no se encuentra en una situación económica particularmente apremiante. Adicionalmente, en el trámite de revisión se profirieron dos autos de pruebas dirigidos a establecer, entre otras circunstancias, la condición socioeconómica de la accionante y la afectación psicológica que había tenido como consecuencia de la rasgadura de su oreja, pero no hubo respuesta por parte de la accionante.

Por lo demás, tampoco se observa que en el escrito de tutela se hayan presentado pruebas o argumentos que permitan concluir que la accionante no cuenta con los medios para pagar la intervención solicitada o que se encuentra en una particular situación de necesidad.

El cuarto criterio consiste en establecer si la intervención quirúrgica es necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal de la persona que solicita el servicio en salud⁸³. Al analizar dicho criterio en el asunto bajo estudio se advierte que, si bien no parecen existir indicios que permitan afirmar que la rasgadura de la oreja de la accionante pueda poner en riesgo su vida o su integridad, lo cierto es que tampoco se evidencian elementos que permitan establecer que la rasgadura en su oreja no genera una afectación psicológica significativa.

En efecto, no se aportaron elementos de prueba que permitan determinar hasta qué punto la rasgadura de la oreja afectó la salud mental de la accionante. Solo existen las manifestaciones ya enunciadas de los especialistas en cirugía plástica que remitieron a la paciente para valoración en psicología y las afirmaciones de la accionante en su escrito de tutela en las que asegura estar profundamente deprimida por la rasgadura en el lóbulo derecho de su oreja. Al analizar la historia clínica de la paciente y las respuestas enviadas por la EPS vinculada en el trámite de revisión sólo se advierte que se agendó una valoración por psicología para el 5 de enero de 2023. Sin embargo, al requerir a la entidad y a la accionante accionada para que se informara el resultado de dicha valoración no hubo respuesta alguna, lo que permite presumir que la valoración aún no se ha realizado.

41. En suma, a partir del análisis de todos los criterios expuestos, para la Corte, en efecto, en el presente caso no se cumplen muchos de los requisitos necesarios para determinar que el procedimiento solicitado por la accionante es funcional o está relacionado con la salud. Así, por ejemplo, (i) la señora Morellis no logra demostrar que de la realización del procedimiento depende su integridad o su vida digna, (ii) no se advierte que la situación socioeconómica de la accionante le impida costear el procedimiento que solicita y (iii) no consta una orden médica que ordene la realización del procedimiento.

Sin embargo, lo anterior no significa que se pueda concluir que el procedimiento definitivamente no está relacionado con la salud de la paciente y es meramente estético, pues no se han adelantado los exámenes y valoraciones médicas que permitan establecer la relación entre el procedimiento quirúrgico solicitado y la afectación psicológica de la accionante.

42. A partir de lo anterior la Corte encuentra que, si bien no se presentó una violación de los derechos fundamentales por la decisión de la EPS AMBUQ de no autorizar el procedimiento quirúrgico solicitado por el accionante, sí se advierte una violación del derecho a la salud de la actora por la interrupción en la prestación de los servicios de salud al no realizar la valoración por psicología.

En efecto, en este caso existen varias manifestaciones que permiten establecer que dicha valoración era importante para resolver la problemática de la presente tutela. Por un lado, los médicos tratantes de la accionante indicaron que la rasgadura en la oreja puede tener incidencia en la salud psicológica de la accionante y, por el otro, se advierte que hubo remisiones para atención en salud psicológica por parte del juez de única instancia, en fallo de 08 de abril de 2021 donde concedió parcialmente el amparo del derecho a la salud de la señora Martha Morellis.

Ahora, también se advierte que, en virtud del mecanismo de asignación y traslado de usuarios establecido en el Decreto 1424 de 2019, la EPS Mutual Ser tiene el deber de asegurar la continuidad en la prestación del servicio de la accionante. Sin embargo, dicha entidad no ha brindado la atención en valoración psicológica que fue ordenada por los médicos tratantes y el juez de tutela. Aunque esta entidad indicó en comunicación de 26 de diciembre de 2022 que programó cita para que la accionante fuera valorada por psicología el 05 de enero de 2023, lo cierto es que mediante autos de 18 de noviembre de 2022 y 16 de

enero de 2023, se ordenó remitir las pruebas sobre la atención prestada y no se obtuvo respuesta.

43. Por tanto, no se puede afirmar que la EPS Ambuq haya vulnerado los derechos de la señora Morellis por no haber autorizado todavía el procedimiento de reconstrucción del lóbulo de la oreja porque no existen los elementos para determinar si se trata de un procedimiento funcional y por tanto no se puede concluir que se haya presentado una afectación a la salud psicológica de la accionante. Sin embargo, sí se puede concluir que actualmente se presenta una afectación del derecho a la salud, concretamente una vulneración del derecho al diagnóstico efectivo de la accionante, pues aún no se ha realizado la valoración por psicología que ya había sido ordenada por los médicos tratantes y que permitía establecer la naturaleza del procedimiento solicitado.

44. En virtud de lo anterior, la Sala confirmará la decisión del Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta ahora denominado Juzgado Séptimo de Pequeñas Causas de Santa Marta que amparó el derecho a la salud de la accionante y ordenó que se realizara la valoración por psicología. En esa medida, no se concederá la pretensión principal planteada por la accionante correspondiente a la autorización del procedimiento de reconstrucción del lóbulo de la oreja derecha por las razones ya expuestas. Sin embargo, se precisa que, si del resultado de la valoración psicológica ordenada se concluye una afectación grave al derecho a la salud de la accionante, lo procedente es que la EPS haga el análisis ponderado de los criterios presentados en esta sentencia para establecer si es procedente la realización del procedimiento.

En esos términos se ordenará a la EPS Mutual Ser que, en el término de cinco (05) días a partir de la notificación de esta sentencia programe la cita de valoración psicológica prescrita por los médicos tratantes de la accionante.

45. Síntesis de la decisión. La Sala estudió la acción de tutela formulada por una mujer que solicitó la realización de una cirugía reconstructiva del lóbulo de su oreja derecha, la cual no fue autorizada por su EPS al considerar que tienen una finalidad estética. La accionante solicitó al juez de tutela que se autorizara el procedimiento en mención, debido a que la rasgadura en el lóbulo le genera afectaciones psicológicas y no le permite continuar su vida normalmente.

46. Al analizar el caso en concreto, se aplicó los criterios que ha establecido la jurisprudencia para establecer cuándo un procedimiento puede ser considerado funcional o relacionado con la salud y cuándo un procedimiento puede ser considerado estético. En concreto, reiteró que para establecer la naturaleza del procedimiento se deben examinar en conjunto los siguientes criterios: (i) que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico; (ii) que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología; (iii) que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita (iv) que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal.

47. A partir de dicho análisis, la Sala respondió los dos problemas jurídicos planteados inicialmente. En ese sentido, concluyó, en primer lugar, que la EPS AMBUQ no vulneró los derechos de la accionante al no autorizar el procedimiento solicitado por ésta. Al analizar su caso específico se advirtió que no concurren los criterios jurisprudenciales para determinar el carácter funcional del procedimiento solicitado. Sin embargo, en segundo lugar, se concluyó que la EPS Mutual Ser sí violó el derecho a la salud, concretamente el derecho al diagnóstico efectivo de la accionante. Efectivamente, esta entidad, que es garante de la prestación de los servicios de salud de la señora Morellis en virtud del mecanismo de asignación y traslado de usuarios establecido en el Decreto 1424 de 2019, no cumplió la orden de tutela proferida el 08 de abril de 2021, que dispuso que se debía realizar la valoración por psicología.

Por lo expuesto, la Sala decidió confirmar la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta ahora denominado Juzgado Séptimo de Pequeñas Causas de Santa Marta y ordenar a la nueva entidad en la que está afiliada la accionante que autorice y programe los servicios médicos ordenados por los médicos tratantes y que aún no se han realizado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de abril de 2021 por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta ahora denominado Juzgado Séptimo de Pequeñas Causas de Santa Marta, que amparó el derecho a la salud y la vida digna de la señora Martha Milena Morellis y ORDENAR a la EPS Mutual Ser que, en el término de (05) días contados a partir de la notificación de esta sentencia cumpla con la orden de realizar la valoración por psicología que habían ordenado los médicos tratantes.

SEGUNDO. LIBRAR, por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Expediente digital T-8.975.383, documento:
"47001405300720210016100_DEMANDA_18-03-2021 2.02.48 p.m.", p. 13 a 15.

2 Expediente digital T-8.975.383, documento:
"47001405300720210016100_DEMANDA_18-03-2021 2.02.48 p.m.", p. 9.

3 Ibid.

4 Expediente digital T-8.975.383, documento:
"47001405300720210016100_DEMANDA_18-03-2021 2.02.48 p.m.", p. 1

5 Expediente digital T-8.975.383, documento:
"47001405300720210016100_DEMANDA_18-03-2021 2.02.48 p.m.", p. 7

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Ibid

9 Expediente digital T-8.975.383, documento:
"47001405300720210016100_DEMANDA_18-03-2021 2.02.48 p.m.", p. 7

10

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/resolucion-0012-14-de-2021-supersalud.pdf>

11 Información extraída de la página del Ministerio de Salud y Protección Social.

<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Consulta-Afiliados.aspx>

12 Expediente digital T-8.975.383, documentos denominados :1- Anexo Secretaría Corte 01 AUTO SALA DE SELECCION 28 DE OCTUBRE DE 2022 NOTIFICADO EL 15 DE NOVIEMBRE 2022.pdf – Anexo Secretaría Corte 02CONSTANCIA AUTO 28-10-2022.pdf- 3 Anexo Secretaria Corte 03 ConstanciaRepartoAuto28deoctubre de 2022 (Not15octde 22) Dra. Angel.pdf

13 Expediente digital T-8975383, documento “06AutoAdmite”.

14Expediente digital T-8.975.383, documento: “07Sentencia”.

15 Ibid.

16 Ibid.

17 Ibid.

18 Ibid.

19 Ibid.

20 Ibid.

21 Según el Acuerdo CJSMAA20-17 de junio 10 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta pasó a ser Juzgado Séptimo de Pequeñas Causas de Santa Marta.

22 De acuerdo con la consulta realizada los días 16 de diciembre de 2022 en la plataforma digital de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

23 T-1015 de 2006.

24 Sentencia T-037 de 2013.

25 Sentencia T-1028 de 2010.

26 T- 654 de 2006.

27 Sentencia T-508-19.

28 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”. La Corte Constitucional ha evidenciado esa situación en varias decisiones, entre otras, en las sentencias T-651 de 2017, T-121 de 2015, T-728 de 2014, T-458 de 2018.

30 Sentencia SU-819 de 1999, reiterada en sentencia T-615 de 2003.

31 Ibid.

32 Sentencia SU-508 DE 2020.

33 Ibid.

34 Ley 1751 de 2011, artículo 15, inciso 1.

35 Sentencia de tutela T-586 de 2013, reiterada en la sentencia C-313 de 2014.

36 Sentencia SU-508 DE 2020.

37 Sobre el principio de sostenibilidad del sistema, se recuerda que el art. 6 (lit. i.) de la LeS remite a las normas constitucionales sobre sostenibilidad fiscal. Al respecto, el párrafo del art. 334 de la Constitución establece: “Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá

invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.”

38 Ley 1751 de 201, artículo 15, inciso 2.

39 Sentencia C-313 de 2014.

40 Ibid.

41 Ibid.

42 Entre otras, en las sentencias SU-480 de 1997 y T-237 de 2003, y que se reiteraron en la sentencia C-313 de 2014.

43 Sentencia C-313 de 2014.

44 Sentencia SU-508 de 2020.

45 Sentencia T-1041 de 2006.

46 Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009 y T-083 de 2008.

47 Sentencia T-036 de 2017.

48 Sentencia T-904 de 2014.

49 Sentencia T-490 de 2020.

50 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-142 de 2014, T-579 de 2017.

51 Sentencia T-579 de 2017.

52 Ibid.

53 Sentencia T 490 de 2020.

54 Sentencia T381 de 2014.

55 Sentencia T-381 de 2014.

56 Sentencia T- 003 de 2019.

57 Sentencia T-381 de 2014.

58 Sentencia T-381 de 2014.

59 Sentencia SU-508 de 2020.

60 Sentencia T-381 de 2014.

61 Sentencia SU-508 de 2020.

62 Sentencia T 389 de 2022.

63 Sentencias T-659 de 2003 y T 490 de 2020.

64 Sentencias T-102 de 1998 T-119 de 2000, T-471 de 2000, T-070 de 2001, T-389 de 2001 T-566 de 2001 T-568 de 2001, T- 935 de 2001 , T-860 de 2003, T-531 de 2004, T-913 de 2005 , T-517 de 2008 T-584 de 2010, T-793 de 2010, T-826 de 2011 T-134 de 2011, T-285 de 2011, T-945 de 2011, T-152 de 2012, T-375 de 2012, T-467 de 2012.

65 Sentencias T-975 de 2010, reiterado por la Sentencia T-573 de 2013. Ver también Sentencias y T-142 de 2014, T-579 de 2017.

66 Sentencia T-365 de 2019.

67 “Por el cual se establecen mecanismos tendientes a garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

68 Sentencia T-169 de 2009 que retomó la línea contemplada en la Sentencia T-246 de 2009.

69 Sentencia T 1210 de 2003.

70 Sentencia T 270- 05.

71 Sentencia T- 362 de 2016.

72 Ibid.

73 Sentencia T-681 de 2014.

74 Funcional entendido en el sentido determinado por la Corte Constitucional y no en términos médicos.

75 Consideración nº25 de la presente sentencia.

76 Sentencia T-381 de 2014.

78 Sentencia T-381 de 2014.

79 Expediente digital T-8.975.383, documento: "47001405300720210016100_DEMANDA_18-03-2021 2.02.48 p.m.", p. 9.

80 Expediente digital T-8.975.383, documento: "47001405300720210016100_DEMANDA_18-03-2021 2.02.48 p.m.", p. 1

81 Sentencia T-381 de 2014.

82 De acuerdo con la consulta realizada los días 16 de diciembre de 2022 en la plataforma digital de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

83 Sentencia T-381 de 2014.