

**BOLETÍN
JURÍDICO No. 11
NOVIEMBRE
2017**

TABLA DE CONTENIDO

<u>Jurisprudencia</u>	3
<u>Sentencias Corte Constitucional</u>	4
<u>Sentencia T – 579 de 2017</u>	5
<u>Normatividad</u>	45
<u>Decretos</u>	46
<u>Decreto 1848 de 2017</u>	47
<u>Resoluciones</u>	60
<u>Resolución 4373 de 2017</u>	61
<u>Conceptos</u>	67
<u>Solicitud concepto artículo 3 Decreto 1011 de 2006</u>	68
<u>Pago de servicios de salud prestados por complicación de una cirugía</u>	71
<u>Consulta sobre el derecho que les asiste a los usuarios del SGSSS, de participar en las IPS y las EPS</u>	76
<u>Representante del sector científico de la salud ante la junta directiva de una ESE</u>	79
<u>Elección del representante de los empleados públicos del área asistencial</u>	82
<u>Concepto frente a las instituciones de salud</u>	85
<u>Viabilidad de descontar el valor pagado por concepto de incapacidades</u>	89

I. JURISPRUDENCIA

II. SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T – 579 de 2017

Referencia: Expedientes T-6.074.003 y

T-6.182.278

Acciones de tutela instauradas por *María* contra E.P.S. SANITAS y *Isabel* contra Servicio Occidental de Salud – S.O.S.- E.P.S.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, y los magistrados Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos en primera y segunda instancia que resolvieron las acciones de tutela incoadas por *María* contra E.P.S. SANITAS¹ y por *Isabel* contra Servicio Occidental de Salud –S.O.S.- E.P.S.²

Aclaración preliminar

En la medida en que las acciones de tutela que son objeto de revisión en el presente fallo, involucran información sensible que puede comprometer datos relativos a la salud y a la intimidad de estas personas,³ la Sala considera que en aras de asegurar la protección de su privacidad y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, se emitirán dos copias del mismo fallo. En la copia que será publicada en la Gaceta de la Corte Constitucional y en los medios electrónicos se suprimirá toda referencia que pueda conducir a dicha identificación y se sustituirán los nombres reales por unos ficticios. En razón a ello, la Sala en la parte resolutiva de esta sentencia ordenará que la Secretaría de esta Corporación y los jueces de instancia guarden estricta reserva en estos procesos.

¹ En decisión del 31 de octubre de 2016 el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta negó la tutela. En segunda instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta revocó, y en su lugar, concedió el amparo, en providencia del 7 de diciembre de 2016.

² En decisión del 30 de diciembre de 2016, el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, tuteló los derechos de la accionante. En sentencia del 9 de febrero del mismo año, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento revocó la decisión de primera instancia, y en su lugar, negó el amparo constitucional solicitado.

³ Ley 1581 de 2012, “Artículo 5º. Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.”

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

En consecuencia, para todos los efectos de la presente providencia el nombre de la accionante en el expediente T-6.074.003 será reemplazado por el de *Maria* y en el expediente T-6.182.278 por el de *Isabel*.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), las Salas de Selección Número Cinco y Seis de la Corte Constitucional escogieron para efectos de su revisión, las acciones de tutela de la referencia.⁴ De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Expediente T-6.074.003

Hechos y solicitud

La señora *Maria*⁵ promovió acción de tutela contra la E.P.S. SANITAS por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social a la dignidad humana, a la igualdad y al trabajo. Sustenta su reclamación en los siguientes hechos:

1.1 Hace aproximadamente cinco años⁶ (año 2011) la señora *Maria* se practicó un procedimiento estético en sus glúteos, consistente en la inyección del producto Hyalucorp, según le fue informado, el cual presume era a base de ácido hialurónico, pues le aseguraron que esta sustancia contaba con los permisos del INVIMA⁷ y avales internacionales por lo que no tenía contraindicaciones. Por tal motivo, atendiendo a la facilidad del procedimiento y al bajo costo del mismo comparado con el valor que suponía una cirugía estética, optó por la inyección de la referida sustancia.

1.2 Un año después de realizado el tratamiento estético, iniciaron las complicaciones médicas las cuales se agravaron al segundo año. Dentro de los diferentes síntomas y dolencias, la accionante se ha visto afectada por fiebre, pérdida de cabello, calambres, taquicardia, sensación permanente de calor en espalda y glúteos, dolor de espalda, dolor de piernas, dolor en articulaciones y dolor en los glúteos lo cual le impide permanecer mucho tiempo sentada y acostada, y en algunas ocasiones le molesta estar de pie.

1.3 En vista del deterioro de su salud, la accionante acudió el 13 de abril de 2016 a la E.P.S.

⁴ El expediente T-6.074.003 no fue seleccionado para su revisión por Auto del 17 de abril de 2017 proferido por la Sala Cuarta de Selección de Tutelas de la Corte Constitucional. Sin embargo, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez e Iván Escruerica Mayolo, en Auto del 30 de mayo de 2017 aceptó la insistencia presentada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado quien argumentó, que si bien los derechos fundamentales de la accionante fueron amparados en la decisión de segunda instancia, la orden judicial allí impartida podría exponerla a afectaciones a su salud, en tanto se garantiza su derecho a la salud por vía de un procedimiento quirúrgico judicialmente ordenado, el cual está excluido del POS, por ser de carácter experimental, y cuya práctica se ordena a pesar de existir otras alternativas igualmente eficientes que sí están incluidos en el POS.

En cuanto al Expediente T-6.182.278, este fue seleccionado para su revisión mediante Auto de junio 16 de 2017 proferido por la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Diana Fajardo Rivera.

⁵ A folio 20 del cuaderno principal del expediente, obra fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora *Maria*, en la cual se puede verificar que la accionante nació el 6 de septiembre de 1969, por lo que para la fecha de interposición de esta acción de tutela contaba con 47 años de edad.

⁶ Atendiendo la fecha de presentación de la acción de tutela y la admisión para su trámite – octubre 14 de 2016 (folio 60 del cuaderno principal de la acción de tutela).

⁷ Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos.

SANITAS en donde le fue realizada una ecografía de tejidos blandos.⁸

1.4 El 24 de mayo de 2016, el médico cirujano plástico de la E.P.S. SANITAS, Erick Figueroa, la valoró y confirmó que la sustancia introducida en el cuerpo de la accionante era realmente metacrilato (biopolímero), el cual ha originado las afectaciones estéticas ya mencionadas. En el mismo dictamen, el citado médico es informado por la accionante, que al tercer año de haberse inyectado el biopolímero, es decir dos años atrás de esta valoración, fue intervenida quirúrgicamente en Cali, con el fin de extraerle dicha sustancia, sin alcanzarse un resultado satisfactorio.⁹ Con todo, la irritación de la piel y dolor en caderas persiste, según advierte la actual valoración médica.

1.5 En consideración a dicha situación, el médico Erick Figueroa determinó que para tratar la patología denominada alogenosis iatrogénica¹⁰, se requiere la extracción del biopolímero por medio de una cirugía video asistida, procedimiento que no se realiza en la institución, por lo cual recomendó a la paciente consultar al médico Carlos Alberto Ríos García¹¹ en la ciudad de Cali, quien además de ser cirujano plástico, conoce la citada técnica quirúrgica. Afirma la accionante que su EPS no la remitió a consulta con el especialista Carlos Alberto Ríos García en la ciudad de Cali, pero que a pesar de ello debió acudir a posteriores consultas médicas para ser atendida por los síntomas ya referidos.

1.6 Por lo anterior, el día 6 de agosto de 2016 la actora radicó un derecho de petición ante la E.P.S. SANITAS, en el que solicitó (*i*) la autorización de cita médica en la ciudad de Cali con el mencionado especialista en cirugía reconstructiva, y (*ii*) la realización de cirugía reconstructiva de retiro de biopolímeros con la técnica de video endoscopia, todo ello en razón a su diagnóstico de síndrome de ASIA¹² y alogenosis iatrogénica.

1.7 El 26 de agosto de 2016, la E.P.S. SANITAS dio respuesta negativa al derecho de petición y explicó que de conformidad con el numeral 5º del artículo 132 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud¹³ y Protección Social, el cual remite al artículo 154 de la Ley 1450 de 2011¹⁴ concerniente a prestaciones no financiadas por el sistema, no existe posibilidad de hacer cobertura

⁸ Folio 15 del cuaderno principal del expediente de tutela, obra valoración médica hecha el día 12 de mayo de 2016 en la IPS NORTESALUD de la ciudad de Cúcuta. En dicha historia clínica se confirma que la ecografía de tejidos blandos se tomó el 13 de abril de 2016 y se concluyó que “el rastreo practicado en ambas regiones glúteas presenta extensas imágenes hiperecogénicas que no permite la transmisión sónica característica de un cuerpo extraño tipo silicona líquida.”

⁹ Si bien el citado médico Figueroa no pudo obtener de la paciente mayor detalle del procedimiento que ya le fue practicado para extraer el biopolímero, en la historia clínica que elaboró el médico Carlos Alberto Ríos García en la ciudad de Cali el 31 de julio de 2016, se observa que en octubre de 2013, el cirujano Juan Carlos Castilla le realizó una extracción del biopolímero con la técnica de láser, con resultados desfavorables en tanto el dolor aumentó y quedaron deformidades en sus glúteos (folio 29).

¹⁰ En 2008, el médico Felipe Coiffman Profesor (emérito) de Cirugía Plástica, Facultad de Medicina, Universidad Nacional de Colombia, Miembro de la Academia Colombiana de Medicina, Jefe del Laboratorio Quirúrgico de Adiestramiento e Investigación. Facultad de Medicina Universidad de los Andes, Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá, acuñó el término de **alogenosis iatrogénica**, pero ya Ortiz Monasterio había discutido sobre la enfermedad humana por modelantes en 1972. Esta información fue obtenida de: Castaño DA, Ricaurte AI, Castro JA, De Paz DA. Alogenosis iatrogénica vs. alogenosis secundaria en Cali, Colombia. A propósito de 12 casos. Colomb Forense. 2016; 3(2): 61-72. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/cf.v3i2.1778>.

¹¹ En la página electrónica de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, se constató que el médico Carlos Alberto Ríos García es un miembro de número de dicha sociedad, y tiene su sede en la ciudad de Cali. Consulta hecha en <https://www.cirugiaplastica.org.co/miembros-de-la-sccp/miembros-de-numero/464-rios-garcia-carlos-alberto/view-details.html>, el 29 de junio a las 14.50 pm.

¹² En la revistas REVISTA MÉDICA MD, Año 7, número 3, febrero-abril 2016, es una publicación trimestral editada por Roberto Miranda De La Torre, Sierra Grande 1562 Col. Independencia, Guadalajara, Jalisco, C.P. 44340. www.revistamedicamd.com, md.revistamedica@gmail.com, se señala que en 2011 Shoenfeld y Agmon-Levin acuñaron el término “*Síndrome Autoinmune/autoinflamatorio Inducido por Adyuvantes*” (ASIA por sus siglas en inglés) para describir un conjunto de condiciones que son el resultado de una respuesta inmune a los adyuvantes.

Consultado en [PDF][Síndrome autoinmune/autoinflamatorio inducido por adyuvantes \(ASIA\)](http://www.medicgraphic.com/pdfs/reviews/md-2016/md163j.pdf)

¹³ www.minsalud.gov.co/estadisticas/estadisticas-salud-publica/plan-beneficios-en-salud

¹⁴ “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSS — y se dictan otras disposiciones.”

¹⁴ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.”

alguna a la petición de la señora *Maria*, dado que su reclamación corresponde a una complicación derivada de un procedimiento estético.¹⁵

1.8 Ante tal negativa, la accionante asumió por su cuenta el costo de trasladarse a la ciudad de Cali para ser valorada por el médico Carlos Alberto Ríos García. Así, en examen realizado el 31 de agosto de 2016 por el referido médico, éste dictaminó que padecía “*alogenosis iatronica en glúteos, síndrome de ASIA, deformidades y degeneración de tejidos*”¹⁶

1.9 De otra parte, a pesar de su difícil situación económica, la actora afirma estar haciendo un gran esfuerzo para pagar su aseguramiento en salud. Por ello, aclara que el medico Ríos García no le cobró la consulta de diagnóstico, pero si le recordó que de aceptar el procedimiento extractivo por él sugerido, éste se adelantaría en varias intervenciones o momentos quirúrgicos, cuyo costo podría superar los treinta millones de pesos.

1.10 Finalmente, la accionante confirma que tiene varios hijos, entre ellos una hija de 4 años, los cuales dependen exclusivamente de ella, lo que la motiva a mejorar su salud para asumir plenamente el cuidado de estos. Por tal motivo, solicita que se ordene a la EPS SANITAS lo siguiente:

- a) Practicar la cirugía estética reconstructiva o reparadora de tejidos y órganos para la extracción segura de biopolímeros con la técnica de video endoscopia, y que esta sea realizada por el cirujano plástico Carlos Alberto Ríos García en la ciudad de Cali.
- b) Suministrar los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y todo componente que el médico tratante considere necesario para el restablecimiento pleno de su salud y para mitigar las dolencias que han impedido llevar una vida en mejores condiciones.
- c) Para todo lo anterior, la entidad accionada dispondrá de un plazo máximo de un mes para la preparación y realización de los exámenes necesarios para la cirugía plástica ya mencionada.

Intervención de las partes vinculadas al proceso

Al momento de admitir la presente acción de tutela, el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta decidió vincular a la EPS SANITAS, y a las entidades IPS IDIME, Clínica San José y Santuario Medical Center S.A.S.¹⁷

¹⁵ Ver folio 28 del cuaderno principal de la tutela.

¹⁶ Ver folio 30 del cuaderno principal de la tutela. En el dictamen del 31 de agosto de 2016, el médico Ríos García encontró como hallazgos clínicos, alteraciones en color y textura de la piel de los glúteos; estrías y asimetría en forma y tamaño de los glúteos, así como depresiones y elevaciones con aumento de temperatura local, aumento de volumen en glúteos en región lumbo sacra y múltiples nódulos subcutáneos, así como áreas induradas extensas desde región lumbo sacra hasta pliegue de glúteo inferior, todo acompañado de dolor e incomodidad a la palpación. Igualmente, encontró adenopatías (enfermedad de los ganglios linfáticos) inguinales bilaterales y aumento de volumen en labio mayor derecho. Los hallazgos con imágenes encontró compromiso extenso de diferentes tejidos: infiltración de dermis, tejido celular subcutáneo superficial, fascias (tejido conectivo que rodea los músculos), tejido celular subcutáneo profundo, aponeurosis muscular (membrana muscular que envuelve los músculos y los fija a otras partes del cuerpo), parénquima muscular (tejido esencial), migración céfálica a región sacra y lumbar hasta L2, así como migración lateral y caudal. Fosas isquiorrectales e isquianales severamente comprometidas. Migración a labio mayor de la vulva. Finalmente, adenopatías en cadenas inguinales.

¹⁷ Al respecto, ver auto adhesorio de fecha 14 de octubre de 2016. Folios 60 y 60 visto.

EPS SANITAS¹⁸

En documento suscrito el 20 de octubre de 2016, la EPS SANITAS dio respuesta a la presente acción en los siguientes términos:

1.11 Confirmó que la señora *María* se encuentra afiliada a la E.P.S. SANITAS como cotizante dependiente, con una antigüedad en el sistema de 1385 semanas para la fecha de esta respuesta.

1.12 Frente al diagnóstico de alogenosis iatrogénica glútea, que la accionante presentó a esta EPS para que le fuese practicada una “*cirugía plástica reconstructiva o reparadora de tejidos y órganos para la extracción segura de biopolímeros con la técnica quirúrgica de video endoscopia, tratamiento integral*”, la EPS SANITAS informó que ha autorizado los siguientes servicios médicos:

- a. Consulta por una vez por cirugía plástica (11/03/2016).
- b. Ultrasonografía de tejidos blandos en extremidades inferiores con transd. de 7MHZ o más (11/04/2016).
- c. Consulta de control por cirugía plástica (13/05/2016).

1.13 En vista de lo anterior, no existe orden médica alguna por parte de un médico adscrito a la EPS SANITAS en la que se ordene la cirugía plástica que la accionante solicitó mediante derecho de petición. Se aclara que el médico Carlos Alberto Ríos García tampoco se encuentra adscrito a la EPS SANITAS.

1.14 Como fundamento jurídico de su negativa a asumir la prestación médica en cuestión, la EPS señala que de conformidad con el artículo 132 de la Resolución 5592 de 2015¹⁹, y el literal a) del artículo 15 de la Ley 1571²⁰ del mismo año, se establece que el plan obligatorio de salud no contempla la asunción de los costos de cirugías estéticas y de las complicaciones que de ellas se derivan. Explica que en sentencias T-476/00, T-749/01, T-676/02, T-198/04 y T-490/06, la Corte Constitucional ha negado la cobertura de este tipo de intervenciones quirúrgicas y de sus complicaciones con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-. Sobre este mismo tema, señala que, así como la accionante dispuso de sus recursos económicos para practicarse dicho procedimiento estético, ha debido hacer una reserva para asumir los costos de las posibles complicaciones derivadas del mismo. Además, anota que para el momento de emitirse esta respuesta, la accionante no había presentado su caso ante la EPS para ser estudiado por el Comité Técnico Científico.

¹⁸ Ver folios 66 a 84 del cuaderno principal del expediente de tutela.

¹⁹ Artículo 132 del Título VII de la Resolución 5592 de 2015:

“CONDICIONES DE NO COBERTURA DE TECNOLOGÍAS CON CARGO A LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN.

ARTÍCULO 132. TECNOLOGÍAS NO FINANCIADAS CON CARGO A LA UPC. Sin perjuicio de las aclaraciones de cobertura del presente acto administrativo, en el contexto del Plan de Beneficios con cargo a la UPC, deben entenderse como no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación, aquellas tecnologías que cumplan con las siguientes condiciones:

Tecnologías cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad”.

²⁰ Artículo 15 de la Ley 1571 de 2015:

“Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará 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. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

a) 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”. (Negritas del texto de respuesta).

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

1.15 Recuerda la EPS que uno de los pilares del SGSSS es la solidaridad, en virtud del cual el manejo de los recursos económicos dispuestos para la atención de los usuarios debe hacerse de manera racional y mesurada. Por ello, el Ministerio de Salud y Seguridad Social, mediante Nota Externa No. 201333200296233 señaló que no procede el recobro al sistema respecto de cirugías estéticas, y de ocurrir, ello solo podría darse por orden judicial.

1.16 Al referirse de manera puntual a la cirugía plástica reconstructiva que reclama la accionante, la EPS hizo relación de los aspectos técnicos y científicos de dicho procedimiento, advirtiendo para ello lo siguiente:

1.16.1 El procedimiento quirúrgico denominado cirugía de extracción de biopolímeros en glúteos por video endoscopia no es un procedimiento que pueda realizarse como una práctica médica de urgencia, pues por lo general requiere de varios tiempos quirúrgicos y de múltiples procedimientos.

"El procedimiento denominado CIRUGÍA PLÁSTICA RECONSTRUCTIVA O REPARADORA DE TEJIDOS Y ÓRGANOS PARA LA EXTRACCIÓN SEGURA DE BIOPOLÍMEROS CON LA TÉCNICA QUIRÚRGICA DE VIDEOENDOSCOPIA no cuenta con evidencia científica, así como de la literatura médica que confirme la efectividad de dicho procedimiento." (Mayúsculas originales).

1.16.2 Someter a la señora María a un tratamiento que no es basado en la evidencia científica, es exponerla a riesgos mayores, pues no se conocen las indicaciones, contraindicaciones, efectos secundarios. Por el contrario, podrían alcanzarse los resultados deseados, por vía de otros tratamientos convencionales ya probados científicamente, y que se encuentran cubiertos por la EPS SANITAS S.A., la cual cuenta con el personal médico capacitado y con el suficiente reconocimiento nacional e internacional para asumir dicha prestación en salud. Por esta razón, no puede la accionante afirmar sin contar con las pruebas que así lo corroboren, que los tratamientos recibidos por los médicos adscritos no lograrían su recuperación, pretendiendo hacer ver por el contrario, que la única técnica quirúrgica por la cual alcanzaría su recuperación, es la reclamada por vía de esta acción de tutela. Además, el procedimiento por ella solicitado no cuenta con el aval del sistema de salud de Colombia.

1.16.3 En relación con la insistencia en la realización de un específico procedimiento de extracción de biopolímeros, EPS SANITAS advierte, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de abril de 2015 dispuso en un caso similar, que no era aceptable pretender que el sistema de salud asumiera este tipo de procedimientos. Por esta razón, si bien en dicho caso ordenó la atención médica, dispuso que los servicios médicos fuesen prestados por medio de alguno de los tratamientos que se encuentre incluidos en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial al cual se encontraba afiliada la accionante.

1.16.4 Ahora bien, a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha señalado que el dictamen del médico tratante prima al momento de ordenarse algún tipo de atención médica, éste puede ser controvertido con base en una opinión científica de expertos de la respectiva especialidad, todo ello a la luz del estudio de la historia clínica del paciente y de las particularidades

relevantes del caso. De esta manera, se podría desvirtuar el concepto inicial del médico tratante al considerarlo inadecuado e impertinente, más aún cuando se encuentra en riesgo la vida e integridad personal del paciente.

1.16.5 Por ello, y ante la insistencia de la accionante en que la EPS SANITAS asuma la realización del procedimiento quirúrgico por ella reclamado, la entidad accionada hizo las siguientes precisiones:

- a. No es cierto que la extracción de biopolímeros con la técnica de video endoscopia sea la única opción quirúrgica por la que se pueda llevar a cabo dicho procedimiento de manera segura y exitosa.
- b. Por el contrario, la extracción de biopolímeros está indicada para daños irreversibles, con complicaciones muy avanzadas (abscesos, fistulas, etc.) o cuando estas sustancias están migrando a otras áreas vecinas, lo cual no está documentado en este caso particular.
- c. El procedimiento reclamado por la accionante debe ser valorado en las IPS de forma detallada, pues todas las partes involucradas en el proceso deben garantizar la seguridad de la paciente y calidad del servicio que asegure una atención médica idónea, en tanto ésta, busca principalmente, salvaguardar la salud de la usuaria, por lo que es preciso analizar el procedimiento planteado previo a aceptar la práctica del mismo.
- d. La extracción de este tipo de sustancias supone un procedimiento complejo y que frecuentemente deja lesiones irreparables en la zona en la que se inyectaron los biopolímeros.
- e. Se recuerda que la decisión de inyectarse biopolímeros en los glúteos fue voluntaria y con la intención de mejorar el aspecto estético de alguna parte del cuerpo, por lo que claramente no tiene relación con aspectos de salud ni de definiciones técnicas ni fisiológicas.
- f. Dentro del espectro de los diferentes tipos de biopolímeros se encuentran los polinucleótidos, los polipéptidos y los polisacáridos, que son usualmente utilizados por los médicos estéticos para fines de relleno. Aun así, ninguna de estas sustancias tiene aprobación de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica para ser usadas en el aumento de glúteos, razón por la cual, no son utilizados por los cirujanos plásticos, dada la tasa de complicaciones y contraindicaciones que presenta su uso.
- g. En el último Congreso de Cirugía Plástica realizado en Cartagena en el año 2015, se realizó un panel de expertos en manejo de estas sustancias ante el auge de pacientes con este tipo de complicaciones estéticas, y se llegó a la conclusión que **“la única técnica para el retiro de los mismos es el abordaje abierto, la lipectomía y la extirpación gradual de los mismos con todas sus consecuencias.”**(Negrilla del texto original)
- h. Frente a la experiencia de expertos en otras técnicas se evidencio que ninguna de las técnicas mencionadas de manera empírica son efectivas. El uso de endoscopio no tiene ningún soporte científico para la extracción de los polímeros en glúteos. De hecho estas sustancias tienen la capacidad de migrar en el tejido celular subcutáneo y alojarse en diferentes planos de la grasa o el músculo, siendo este un riesgo conocido por quien elige practicarse este tipo de intervención.
- i. La endoscopia por principio debe tener la capacidad de generar una cavidad óptica para la exploración médica, y es así como se logra su uso en el abdomen o la cara entre otras partes. Sin embargo, dentro del tejido celular subcutáneo no hay cavidad para la endoscopia, pues se tendrían que realizar múltiples túneles con un resultado final no deseado. Además, no

existe literatura científica con niveles de evidencia suficiente que definan que esta técnica sea adecuada para el retiro de este tipo de sustancias.

- j. Se advierte igualmente que la EPS SANITAS tiene juntas médicas de Cirugía Plástica para el análisis de este tipo de casos, y el consenso de 21 cirujanos plásticos fue que ninguno de ellos utiliza la técnica de video endoscopia para la extracción de biopolímeros por no ser la adecuada.
- k. De otra parte, la EPS afirma haber realizado una búsqueda de literatura a través de un grupo de especialistas, sin encontrar artículo alguno con soporte científico, ni siquiera a nivel de evidencia suficiente para ser evaluado como opción quirúrgica.
- l. Llama la atención el hecho que usuarias de otras ciudades están acudiendo a la ciudad de Cali a donde el médico Carlos Alberto Ríos García, mismo al cual hace mención la accionante. Por ello, se desea poner en conocimiento la situación actual de una paciente de la ciudad de Bucaramanga, quien tiene una historia clínica de iguales características de la aquí accionante, a quien el citado médico le realizó el tratamiento de extracción por la técnica de video endoscopia, en cumplimiento de lo ordenando en una decisión de tutela, muy a pesar de que la EPS le había advertido previamente sobre los riesgos de dicho procedimiento, y luego de haberle ofrecido otra opción terapéutica. En la actualidad la paciente presenta dehiscencia o ruptura de suturas quirúrgicas de sus heridas, por lo que ha requerido manejo con curaciones permanentes y cierre por segunda intención. Desafortunadamente, ha tenido una evolución desfavorable por presentar infección y necrosis de tejido. Para el momento de emitirse esta respuesta, la EPS había confirmado que dicha paciente se encontraba desde el mes de julio de 2016 en la ciudad de Cali, pues debió ser reintervenida quirúrgicamente para la realización de desbridamiento y colgajo, encontrándose actualmente en control de curaciones y seguimiento de heridas.
- m. Con el fin de consolidar una respuesta adecuada a la presente acción de tutela, la EPS SANITAS solicitó a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva - SCCP- un concepto sobre la pertinencia, evidencia científica y riesgos de seguridad del procedimiento de video endoscopia para la extracción de biopolímeros. Fue así, como en escrito de fecha 24 de agosto de 2016, dicha sociedad de profesionales ratificó que no existían artículos que tuviesen la evidencia médica de la suficiente entidad científica que demostraran la superioridad de la técnica endoscópica sobre otras técnicas, y que en la actualidad la SCCP no tiene un protocolo definido para el manejo de la alogenosis iatrogénica.
- n. Ante este supuesto, la EPS SANITAS no encuentra aceptable exponer a la señora María a un procedimiento médico que podría acarrearle serias complicaciones a sus órganos, más aún, cuando los artículos 10 a 12 de la Ley 23 de 1981, son claros al señalar que el médico no podrá exigir al paciente, exámenes innecesarios, ni someterla a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen, debiendo por el contrario, utilizar los medios de diagnóstico debidamente aceptados por las instituciones legalmente reconocidas.
- o. Entendido así, la EPS SANITAS no puede disponer de recursos del SGSSS para prestar la atención médica reclamada por la accionante, en especial, en los términos que ella misma plantea, pues ello supondría exponerla a un mayor riesgo para su salud. Tampoco resulta aceptable someterla a la atención de un profesional de la salud no adscrito a la entidad, tal y como lo dispone el artículo 9 de la Resolución 5592 de diciembre 24 de 2014²¹. En virtud de ello, no le corresponde a E.P.S. SANITAS asumir una atención en salud por fuera de la

²¹ ARTÍCULO 9. GARANTÍA DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD. (...) Las EPS o entidades que hagan sus veces, deberán garantizar a los afiliados al SGSSS el acceso efectivo a las tecnologías en salud cubiertas en el presente acto administrativo a través de su red de prestadores de servicios de salud."

red de prestadores adscritos a ella, más aún cuando ha ofrecido a la accionante los servicios médicos a través de las IPS adscritas que hacen parte de su red autorizada por la respectiva Secretaría de Salud, y con el personal médico especializado para tal efecto.

1.17 En consideración a lo anterior, la EPS SANITAS advierte que no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante, pues frente a todos los servicios requeridos y autorizados a ella, se ha dado la efectiva prestación de los mismos.

1.18 Finalmente, si a pesar de las anteriores explicaciones, se accede a la solicitud de la accionante, EPS SANITAS pide que de manera explícita se disponga en la orden judicial, que la asistencia médica corresponda a una cirugía plástica reconstructiva o reparadora de tejidos y órganos para la extracción segura de biopolímeros con la técnica quirúrgica de video endoscopia, tratamiento integral. Igualmente, se pide que de manera explícita se indique que la EPS SANITAS podrá recobrar ante el FOSYGA el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en salud NO POS que en virtud de la orden de tutela se suministre a la accionante.

Instituto de Diagnóstico Médico IDIME S.A.

1.19 En escrito recibido por el juzgado de conocimiento el día 21 de octubre de 2016, IDIME S.A. explicó su objeto social como entidad que presta servicios de diagnóstico en las áreas de imagenología, laboratorio clínico y electrodiagnóstico.

1.20 Verificado su sistema de información, explicó que esa institución atendió a la señora *Maria* desde el año 2012, siendo los servicios prestados los siguientes:

Fecha:	Estudio practicado	Autorizado por
08/03/16	Radiografía de columna dorso-lumbar	EPS SANITAS
de columna torácica	Ecografía de tejidos blandos	10/09/16
	VIP CLUB	Radiografía
10/09/16	Tomografía axial computarizada	
	de columna cervical	
VIP CLUB		
28/09/16	Resonancia magnética del cerebro	VIP CLUB
28/09/16	Resonancia magnética de columna cervical	VIP CLUB

1.21 En vista de lo anterior, y atendiendo al hecho que IDIME S.A. solo es un prestador de servicios de diagnóstico médico que ha cumplido con las necesidades requeridas por la accionante, no existe en consecuencia, conducta activa u omisiva que permita concluir que ha vulnerado alguno de sus derechos fundamentales.

Médico Carlos Alberto Ríos García²²

²² Tras vincularse a esta tutela a la Clínica Santuario Medical Center S.A.S., se revisó su página electrónica, se pudo constatar que en ella labora el médico Carlos Alberto Ríos García. (ver <http://santuario.com.co/retiro-de-biopolimeros-2/>). Consulta realizada el 16 de agosto de 2017).

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

1.22 Como ampliación del dictamen médico realizado a la señora *María*, el médico Ríos García presentó escrito en el trámite de la tutela, en el cual manifestó lo siguiente:

- a. La alogenosis iatrogénica consiste en la inyección de una sustancia extraña al organismo, la cual causa un problema autoinmune que se denomina Síndrome ASIA²³, por lo que su extracción debe hacerse con urgencia. Por esta razón, el procedimiento no corresponde a una cirugía estética sino a una cirugía plástica reconstructiva. El efecto inicial de esta sustancia en el cuerpo es un daño local en la zona de los tejidos donde fue inyectada, y en tanto la misma no está contenida o encapsulada, suele desplazarse o migrar a otras zonas cercanas al lugar de aplicación. En el caso de los glúteos, dichas sustancias tienden a desplazarse a la región lumbar, sacra y espalda, así como a las caderas, muslos, región inguinal, hacia la parte interna de los muslos, invadiendo incluso las fosas anatómicas de los genitales. Finalmente, también se desplaza a las piernas. Posterior a esta etapa inicial de migración, la sustancia también viaja a lugares distantes como ganglios linfáticos, extremidades, pulmones y cerebro.
- b. Cuando el cuerpo reacciona a dichas sustancias, se evidencia el síndrome de ASIA, como uno de muchos mecanismos de respuesta inmune que produce el cuerpo y que puede generar síntomas que se relacionan con otras enfermedades como LES (Lupus Eritematoso Sistémico), Síndrome de Sjögren (boca y ojos secos); síndrome de Guillain-Barré; artritis reumatoidea y otras enfermedades.
- c. En el desarrollo del síndrome de ASIA el cuerpo reacciona contra sus células en presencia de la sustancia extraña, y como cualquier respuesta inmune la afección se torna crónica. En el caso de presencia de biopolímeros, los síntomas causados son los siguientes: a) alteraciones en el estado de ánimo, depresión y/o irritabilidad frecuentes; b) pérdida de memoria, c) síndrome de colon irritable; d) dolores musculares y articulares; e) sensación quemante en los miembros y zonas afectadas; f) fatiga crónica; g) trastornos neurológicos; h) trastornos digestivos; i) dificultad respiratoria; j) cambios de coloración y textura de la piel; k) reacciones alergias de la piel, entre otros.
- d. Si el paciente no encuentra atención médica adecuada, se enfrenta a la degeneración de tejidos con un daño irreversible y por lo mismo irreparable, por lo que es común someter al paciente a posteriores cirugías mutilantes. Sumado a ello, el paciente debe asumir las secuelas negativas a nivel de auto estima, de relación de pareja, de dolor, de vergüenza, de abstinencia para interactuar en sociedad y de autolimitación para ir al trabajo, entre otras.
- e. Se podría llevar una vida normal si la atención médica adecuada corresponde a una resección quirúrgica por video endoscopia para extracción de los biopolímeros. Con todo, esta técnica médica no resuelve el tema de dolor, como tampoco reemplaza la ingesta de medicamentos antiinflamatorios.

²³ Autoinmune-inflamatory –Síndrome Induced for Adyuvants, por su sigla en inglés.

- f. Sobre el tema de la toma de medicamentos antiinflamatorios como cortisona y sus derivados, estos no tienen efecto positivo alguno, si en el organismo persiste la presencia del biopolímero causante de la afección. En el caso de la señora *Maria*, ella ha recibido antiinflamatorios no esteroides por un tiempo prolongado, lo que resulta riesgoso, pues puede conducir a una falla renal o a un daño medular.
- g. Por lo anterior, la técnica más segura para retirar los biopolímeros del cuerpo es por vía de la **cirugía endoscópica o por cirugía con técnica abierta en aquellos casos de mayor compromiso**. Aclara que una técnica es segura cuando en el procedimiento quirúrgico los médicos no rompen las esferas de biopolímero, evitando exponer al paciente a nuevo contacto con la sustancia o a que la misma migre a otra zona del cuerpo. (Énfasis agregado)
- h. Por lo anterior, considera que la señora *Maria* debe ser sometida a alguna de las técnicas seguras de retiro de biopolímeros, en varios tiempos operatorios. Otros procedimientos como la lipoaspiración convencional, la lipoaspiración asistida por luz (laser), o la asistida por ultrasonido (vaser) no demostraron su eficacia tal y como se explicó en múltiples congresos y cursos nacionales e internacionales. Situación diferente es la que presenta el procedimiento de video endoscopia cuya efectividad ya fue expuesta en esta respuesta.
- i. Finalmente, se explica que la accionante requiere atención pre y pos-operatoria consistente en tratamientos para mejorar el estado de los tejidos afectados. Además, la atención profesional por él prestada solo se haría en la ciudad de Cali, y dada la complejidad del cuadro médico de la paciente, no recomienda que deba desplazarse por períodos de tiempo superiores a 20 minutos en razón al dolor que le causa permanecer sentada, por lo que desaconseja su movilización a otras ciudades. De tener que darse dicho traslado, este se haría en caso de urgencia, y deberá hacerse en ambulancia a efectos de no agravar su cuadro clínico. En el caso de someterse a la cirugía propuesta, la paciente deberá estar siempre acompañada. Por último, la valoración brindada a la paciente se hizo de manera particular en tanto no existe convenio con la EPS SANITAS.

Pruebas que obran en el expediente

1.23 Folios 1 a 21 del cuaderno No. 1, historia clínica de Sanitas EPS que comprende los diferentes servicios médicos prestados a la señora *Maria* en el periodo de tiempo comprendido entre el 20 de febrero de 2016 y el 12 de mayo del mismo año. En su historia clínica obran consulta de carácter general, y remisión a cirugía estética por hipertrofia mamaria. Igualmente, refiere dolores lumbares y de espalda. En varios de los folios se hace mención a la presencia de masas de bordes definidos y correspondientes a sustancias alógenas en ambos glúteos, y concluye con la afirmación de la paciente en el sentido de sentirse en regular condición de salud.

1.24 Folio 22 del cuaderno No. 1, informe de resonancia magnética de glúteos de enero 6 de 2014 realizado por Cremagsa, en el que se observa una alteración difusa en la intensidad de señal del tejido celular subcutáneo de la región glútea de modo bilateral, con aspecto macronodular difuso, con migración a la fosa isquiorrectal izquierda, con aumento de intensidad de señal de los planos musculares, con colecciones líquidas organizadas, en aparente relación con probable alogenosis idiopática.

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

1.25 Folio 23 del cuaderno No. 1, resultado de examen de imagen realizado por IDIME del 7 de junio de 2013 en la ciudad de Cúcuta, en el cual se concluye que existe una alteración de la intensidad de la señal de tejido en ambos glúteos siendo mayor en el izquierdo. Confirma igualmente la migración del material a la zona lumbosacra y a la grasa del pliegue glúteo medial en ambos glúteos, pero con mayor compromiso en el lado derecho, donde el material se extiende a la grasa profunda de la fosa isquiorrectal, todo ello debido probablemente a la inyección de un material exógeno.

1.26 Folios 24 y 25 del cuaderno No. 1, dictamen médico realizado en la Clínica San José de Cúcuta el día 24 de mayo de 2016, y suscrito por el médico cirujano plástico Erik Orlando Figueroa Guerra adscrito a la EPS SANITAS en el cual confirma los problemas en los glúteos de la señora *Maria*, por asimetría en su forma, coloraciones en la piel de la misma zona, delgadez de la piel, tumefacción, dolor a la palpación. Concluye que la paciente debe buscar la extracción de biopolímero por el método video asistido, procedimiento que no se realiza en esa institución, por lo que sugiere sea valorada y consulta por el cirujano plástico Carlos Ríos en la ciudad de Cali.

1.27 Folios 26 y 27 del cuaderno No. 1, derecho de petición presentado por la accionante a la E.P.S. Sanitas el 6 de agosto de 2016, en la cual solicita la realización de cirugía reconstructiva tras habersele diagnosticado síndrome de ASIA y alogenosis iatrogénica causada por biopolímeros aplicados en sus glúteos hace 5 años, de acuerdo a dictamen del médico Erick Figueroa.

1.28 Folio 28, del cuaderno No. 1, con fecha 26 de agosto de 2016, la E.P.S. SANITAS dio respuesta al derecho de petición referido anteriormente, en el que niega la atención médica solicitada por la afiliada *Maria*, por considerarse que se trata de una complicación derivada de un procedimiento estético, el cual de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución 5592 de 2015, que remite al artículo 154 de la Ley 1450 de 2011, no puede asumir con cargo a los recursos del sistema de salud.

1.29 Folios 29 a 31 del cuaderno No. 1, resumen de historia clínica elaborado el 31 de agosto de 2016 por el médico Carlos Alberto Ríos García en la institución médica Santuario Medical Center S.A.S, en Cali. Esta valoración médica define la alogenosis iatrogénica y una serie de complicaciones físicas y funcionales a consecuencia del biopolímero inyectado en los glúteos de la paciente. Confirma igualmente, que la paciente tiene síndrome de ASIA, alteraciones, físicas, funcionales y sicológicas como depresión debido a su estado de salud y al permanente dolor en diferentes partes del cuerpo.

1.30 Folios 32 a 44 del cuaderno No. 1, copias de historias médicas de distintas instituciones correspondientes a consultas realizadas en las fechas 25 de julio, 1, 8, 21 y 22 de agosto, todas de 2016. Estas refieren a diferentes valoraciones por problemas de ansiedad, depresión, alteraciones de ánimo, vértigo y otras patologías, para lo cual se dan órdenes para control con especialistas médicos y se generan recetas de medicamentos.

Decisiones judiciales

Primera instancia

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

1.31 En sentencia del 31 de octubre de 2016, el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta negó el amparo constitucional solicitado por la señora *Maria*.

1.32 Explicó el *a quo* que si bien uno de los principios fundamentales del derecho a la salud impone a su titular unos derechos y obligaciones, el deber de solidaridad a cargo del sistema de salud, no es absoluto y solo se traslada a los prestadores cuando el grupo familiar y/o el paciente no tengan los recursos económicos suficientes para su traslado, o que en el supuesto de no efectuarse la remisión del paciente, se ponga en peligro su vida, integridad física o el estado de salud del mismo.

1.33 En virtud de ello, y atendiendo al hecho de que no existe orden médica relativa a una cirugía pendiente y que la misma hubiese sido impartida por un médico de la EPS, se concluye, que no existe vulneración de derecho fundamental alguno. Por ello, el juez constitucional tampoco puede entrar a hacer suposiciones sin que obre orden médica que valide las afirmaciones hechas. Por el contrario, se advierte que la EPS SANITAS ha prestado a la accionante todos los servicios médicos que le han sido autorizados.

Impugnación

1.34 La señora *Maria* impugnó la decisión de primera instancia con base en similares argumentos a los expuestos en su demanda de tutela.

Segunda instancia

1.35 En sentencia del 7 de diciembre de 2016, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta revocó la decisión de primera instancia. En su lugar, amparo los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida y a la dignidad humana de la accionante.

1.36 Se verificó que la accionante se encuentra afiliada a la EPS Sanitas, y fue valorada por un médico especialista en cirugía plástica adscrito a la EPS, quien le diagnosticó la alogenosis iatrogénica. En dicho dictamen se recomendó la realización de una cirugía de carácter reconstructivo. En tal medida, el que la EPS se niegue a prestar dicho servicio en salud, supone la vulneración del derecho a la salud de la paciente, quien reclama la atención médica de quien tiene la responsabilidad de prestarla. Igualmente, revisados los medios probatorios aportados en primera instancia, la EPS no demostró que alguno de ellos hacía referencia a un procedimiento estético o con fines de embellecimiento. Por el contrario, ateniendo el concepto médico emitido por el secretario de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, la condición que aqueja a la accionante se denomina alogenosis iatrogénica en glúteos, es producto de la inyección de biopolímeros, y corresponde a una patología de base que se pretende corregir quirúrgicamente a efectos de controlar los efectos físicos y psicológicos.

1.37 Además, el que los servicios médicos requeridos no se encuentren incluidos en el POS, no puede convertirse en un obstáculo para el afiliado, pues ello supondría trasladarle una carga de índole administrativa o económica, como excusa de las empresas promotoras de salud para librarse de su responsabilidad de atención, más aún, cuando saben que en los eventos en los que no les corresponda asumir su cubrimiento, podrán acudir de manera directa al FOSYGA para su recobro.

1.38 En consideración a lo anterior, se revocó la decisión de primera instancia, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora *Maria*. Para su protección, se ordenó a la EPS accionada, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice la realización del procedimiento médico denominado cirugía reconstructiva de extracción de biopolímeros video asistida, la cual deberá realizarse en una institución prestadora de servicios de salud que haga parte de la red prestadora de servicios de la entidad accionada.

2. Expediente T- 6.182.278

Hechos y solicitud

La señora *Isabel* interpuso acción de tutela contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.- al considerar que ésta vulneró sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, para lo cual expone los siguientes hechos:

2.1 Aproximadamente diez años atrás, la accionante asumió con sus propios recursos económicos, la realización de una cirugía estética de colocación de implantes mamarios.

2.2 Afirma, que más recientemente, en el trámite de un examen de mamografía, los implantes se rompieron, al parecer por la presión ejercida por el equipo de diagnóstico. A consecuencia de ello, afirma tener diferentes malestares representados en dolores, chuzones y lesiones cutáneas.

2.3 Explica, que la médica de la IPS Comfandi que la valoró, señaló en la historia clínica, que la paciente había sido remitida a causa de rotura de implantes mamarios colocados hace aproximadamente 10 años. A pesar de los dolores y lesiones cutáneas que la paciente afirma tener, al realizársele el examen físico solo se advirtieron mamas ptosisicas con cicatriz periareolar en buen estado, con implantes retropectorales bien posicionados, sin presencia de alteración alguna de carácter cutáneo, ni signos de infección.

2.4 Por esta razón, se explicó a la actora que al no haber alteración alguna que pusiera en riesgo su vida, la EPS no asumiría los costos por atención de ninguna complicación o efectos secundarios derivados de un procedimiento estético, al cual, la paciente se sometió bajo su propia responsabilidad y con cargo a sus propios recursos económicos. Aun así, se le hizo una recomendación médica en el sentido de que debía retirar los implantes para evitar que la silicona se riegue en su cuerpo, y que si deseaba conservar un aspecto natural de sus senos, podía realizarse una mastopexia²⁴ de carácter estético.

2.5 Ante los hechos expuestos, la accionante considera que la atención médica que reclama corresponde a una cirugía plástica reparadora o funcional y no simplemente estética, cosmética o de embellecimiento, tal y como así lo ha diferenciado el artículo 54 del Acuerdo 08 de 2009.

²⁴ Según la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, la mastopexia, mamoplastia, pexia mamaria es un procedimiento para corregir la caída o ptosis del seno. Consultar esa definición en la página <https://www.cirugiaplastica.org.co/procedimientos/cirugias-plasticas-esteticas/cirugias-corporales/pexia-mamaria.html>. (Consulta hecha el julio 24 de 2017).

2.6 Por lo anterior, solicita que se ordene a la entidad aquí accionada, que a la mayor brevedad posible realice el procedimiento quirúrgico de retiro de los dos implantes rotos, y realice una mastopexia de carácter estético, con el fin de evitar que se riegue la silicona y conservar así un aspecto adecuado.

Intervención de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.-

2.7 Notificada la entidad accionada, esta no dio respuesta en el término indicado por el juez de conocimiento de la tutela.²⁵

Pruebas que obran en el expediente

2.8 Folios 5 y 6. Historia clínica general correspondiente a consulta médica hecha por la IPS Comfandi el 30 de noviembre de 2016, en la que se le hace una valoración general por las molestias presentadas en los senos por la accionante. Se valora y se le informa que la EPS no cubrirá ninguna complicación derivada de un procedimiento estético que hubiere sido asumido por cuenta del paciente y con cargo a sus propios recursos. Se recomienda el retiro de los implantes y la realización de una mastopexia de carácter estético.

Decisiones judiciales

Primera instancia

2.9 El Juzgado 19 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, en sentencia del 30 de diciembre de 2016 amparó los derechos a la salud y al efectivo acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud. Ordenó para ello, que en las 48 horas siguientes a la notificación de esa decisión, la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.-, impartiera la correspondiente autorización para la realización de la cirugía de mastopexia de acuerdo a la historia clínica de la accionante, todo ello, a efectos de evitar daños irreversibles a su salud, debido al rompimiento de sus implantes mamarios. De igual forma, autorizó a la EPS al recobro de todos los servicios excluidos del POS.

2.10 Como consideraciones de su fallo, el *a quo* expuso que si bien la legislación y reglamentación del sistema de salud estableció el Plan Obligatorio de Salud –POS- como un mecanismo para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema, dicha regla no es absoluta, pues ha sido la misma Corte Constitucional la que en reiterada jurisprudencia ha considerado, que no se puede negar un servicio en salud por simple hecho de no estar incluido en el POS, pues debe hacerse un estudio previo del caso concreto, y a partir de conceptos médicos y científicos, determinar si procede o no a autorizarse el servicio de salud o el medicamento reclamado, cuando quiera que con ello se busque preservar, conservar o superar la circunstancia que suponga una amenaza o afectación del derecho a la salud. Ello, por cuanto negar un servicio médico por el simple hecho de no estar contemplado en el POS, atenta directamente contra dicho derecho.²⁶

²⁵ El día 20 de diciembre de 2016, el juez de primera instancia expidió el correspondiente auto vinculando a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.-, y dándole un (1) día hábil para dar su respuesta. Dicha comunicación fue recibido por esta entidad el día 23 del mismo mes, tal y como consta a folio 28 del expediente. Sin embargo, el escrito de respuesta a la tutela fue recibido el día 2 de enero de 2017, tal y como se advierte a folio 18 del expediente.

²⁶ Se señala que en la sentencia SU-480 de 1997 la Corte Constitucional que resolvió un caso en el que se señalaron los presupuestos para inaplicar las normas que regulan la exclusión de procedimientos y medicamentos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. En esta disponiendo que (i) la ausencia del

2.11 Por esta razón, a pesar que la Resolución 5521 de 2013 establece los parámetros para la prestación de los servicios de salud y señala de manera puntual en su artículo 8º la diferencia entre cirugías estéticas o de embellecimiento y las reparadoras o funcionales, es claro, que las entidades prestadoras de salud no pueden, tener una interpretación de estas normas de manera ritualista, obviando la primacía de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, como en el presente caso.

2.12 Por ello, y atendiendo al acervo probatorio obrante en el expediente, y al hecho de que la entidad accionada no controvirtió los hechos allí narrados²⁷, es claro advertir, que si bien la accionante presenta un estado de salud aceptable, no se puede desconocer que ya un médico de dicha institución, recomendó la realización de un procedimiento quirúrgico para evitar a futuro, consecuencias irreversibles. Por estas razones, es que se encuentran conculcados los derechos fundamentales a la salud y al acceso efectivo a los servicios de seguridad social en salud de la accionante.

Impugnación

2.13 La E.P.S. Servicios Occidentales de Salud –S.O.S.- señaló que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 5592 de 2015, las cirugías con un fin meramente estético se encuentran expresamente excluidas para su financiación con cargo a la UPC. Además, de la valoración médica realizada a la paciente, no se advierte que exista alguna afectación funcional.

2.14 Explica que han sido varias las decisiones dictadas por la Corte Constitucional²⁸ en las cuales se han negado los procedimientos médicos de carácter estético.

2.15 Expone de otra parte que si bien el principio de integralidad en materia de salud ha sido desarrollado jurisprudencialmente a partir de un marco legal, para alcanzar mayores y más diversos servicios en salud, se hace de todos modos necesario, que las atenciones en salud que imparta el médico tratante, deben ser determinables y concretas para lograr dar cumplimiento a las mismas.

Si ello no fuere así, será el juez constitucional el encargado de exigir que la atención médica sea delimitada.

2.16 Explica que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) son limitados, razón por la cual estos deben ser orientados para su uso en asuntos prioritarios.

2.17 Finalmente, considera que esa entidad de salud no ha vulnerado derecho alguno de la accionante. Pero, pide, que en el caso de ser concedido el amparo solicitado, se ordene de manera explícita, la posibilidad de recobrar ante el FOSYGA el ciento por ciento de todos los costos que no estaban obligados a asumir, y en los que incurrieron en cumplimiento de la orden judicial.

medicamento o procedimiento, amenace o vulnere los derechos a la vida o integridad física del paciente; (ii) que no exista dentro del plan obligatorio de salud un medicamento o tratamiento que supla al excluido desde el punto de vista de su efectividad, y que garantice el mínimo vital de afiliado o beneficiario; (iii) que el paciente no cuente con los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de la atención en salud requerida, o que no pueda asumirlos a través de planes complementarios en salud; y, (iv) que el medicamento o tratamiento excluido hubiese sido ordenado por el médico tratante y que éste sea parte de la entidad prestadora en salud a la cual se le reclama la atención médica.

²⁷ Debe anotarse que la respuesta a la tutela por parte de la Empresa Servicios Occidentales de Salud –S.O.S.-se hizo de manera tardía el 2 de enero de 2017, pues el juzgado profirió la sentencia el 30 de diciembre de 2016.

²⁸ Se citan entre otras, las sentencias T-760 de 2008 y T-009 de 2014.

Segunda instancia

2.18 En sentencia del 9 de febrero de 2017, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali revocó la decisión de primera instancia, y en su lugar negó la tutela.

2.19 Explicó el *ad quem* que si bien el derecho a la salud es un derecho fundamental, la responsabilidad inicial para procurar el cuidado integral de éste derecho corresponde a cada persona, por lo que se debe adoptar las medidas para la preservación de la misma. Por ello, al momento en que la accionante decidió someterse de manera voluntaria a una cirugía de implantes mamarios, debió informarse acerca de los riesgos previsibles que una intervención de estas características comporta, riesgos que debieron haberle sido puestos en conocimiento al firmar el respectivo formato de consentimiento informado.

2.20 De esta manera, y atendiendo al hecho que este tipo de intervenciones quirúrgicas tienen múltiples riesgos previsibles como puede ser la ruptura de los implantes, los que a su vez tienen una vida útil, se puede concluir que la intervención quirúrgica por ella reclamada (mastopexia) para retirar los implantes dañados corresponde a una cirugía con fines estéticos, tal y como se advirtió en una sentencia de la misma Corte Constitucional. De otra parte, no se observa que la accionante haya demostrado que no cuenta con los medios económicos para solventar una cirugía de estas características.

2.21 Finalmente, de la revisión de la historia clínica aportada se observa que hasta el momento no hay ninguna alteración cutánea, ni signos de infección que comprometa la salud de la actora, por lo que sin embargo, se le recomendó la realización de la mastopexia, pudiéndose concluir que no se negó la atención médica.

3. Actuaciones surtidas en sede de revisión

3.1 Acumulación de procesos

Por Auto del 27 de julio de 2017 la Sala Séptima de revisión de tutelas determinó la acumulación de los expedientes T-6.074.003 y T-6.182.278 al considerar que, además de que las dos tutelas pretendían la protección del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, ambos casos la reclamación se hacía respecto de una prestación médica por fuera del cubrimiento del Sistema General de Seguridad Social, más concretamente, a la atención de complicaciones derivadas de procedimientos quirúrgicos de carácter estético. Así, la Sala de Revisión avaló su acumulación por razones de economía procesal y unidad de materia.

3.2 Autos de pruebas expediente T-6.182.278

3.2.1 Auto del 18 de julio de 2017

3.2.1.1 La magistrada ponente consideró que en el expediente T-6.182.278 de *Isabel* contra Servicio Occidental de Salud EPS -S.O.S.-, debía practicarse una prueba, pues del relato de los hechos, así como de las pruebas obrantes en el plenario, no se tenía claridad sobre si en efecto se había dado

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

la ruptura del o de los implantes mamarios de la accionante. Por ello, se solicitó a la E.P.S. accionada que remitiera a esta Corporación el resultado de alguna valoración médica especializada y/o un diagnóstico por imágenes que permitiera confirmar la ocurrencia del hecho aquí mencionado, y la actual situación médica de la paciente. Se consideró igualmente, que en el eventual caso de no disponer de los citados documentos, dicha EPS, debía en el término máximo de cinco (5) días contados a partir de la recepción del auto de pruebas, citar a la accionante, y practicarle una valoración médica especializada para lo cual debía utilizar la técnica médica más adecuada, para finalmente emitir el correspondiente diagnóstico.

Respuesta de Servicio Occidental de Salud EPS -S.O.S.-

3.2.1.2 En oficio del día 11 de agosto de 2017, la Secretaría General de la Corte remitió al despacho de la magistrada sustanciadora las siguientes pruebas enviadas por la Empresa Servicios Occidental de Salud S.O.S. E.P.S., en las que se advierte lo siguiente:

- a. De la lectura de la documentación recibida, se observa que la entidad accionada hace referencia a dos acciones de tutela, y de su redacción se infiere que la respuesta remitida hace relación a la segunda acción de tutela conocida por dicha EPS. Al revisar las copias de las dos acciones de tutela que se remitieron a esta Sala, ambas son exactamente iguales (mismas partes y mismos hechos), por lo que los documentos relativos a la primera acción de tutela coinciden con los aportados a la segunda acción de tutela.
- b. Al revisar el contenido de dichos documentos se observa, que la accionante ya tiene una patología establecida según la cual el origen de los síntomas que expone se debe a la ruptura de un implante de carácter estético en el seno izquierdo. Si bien se confirma la ruptura del mencionado implante, no se encuentra probado que ello haya sido consecuencia del examen de mamografía al cual la paciente se sometió.
- c. Explica la EPS, que para la realización de un examen de mamografía existe un protocolo establecido consistente en alojar la mama entre dos planchas entre las cuales se dispara un haz de rayos X con el fin de obtener una imagen. Su simplicidad y el nivel nulo de invasión al tejido mamario lo convierte en el método adoptado en la actualidad para diagnosticar las posibles lesiones y/o afecciones de las mamas en mujeres mayores de 50 años.
- d. No existe actualmente ninguna contraindicación para la realización de una mamografía a partir de esta tecnología. Incluso, este procedimiento se utiliza en el caso de pacientes con implantes mamarios los cuales están diseñados y tienen entre sus características las de resistencia y flexibilidad para la realización de un examen de mamografía.
- e. En el caso de la accionante, ésta lleva al menos 10 años con los mismos implantes, por lo que recuerda que lo recomendado es su recambio a los 5 años. En consecuencia, resulta difícil determinar si el daño del implante fue con ocasión de la mamografía, o al natural desgaste sufrido del implante al excederse el tiempo recomendado de uso.

- f. Confirma igualmente, que los estudios mamográficos y ecográficos de la accionante confirman la ruptura de implante izquierdo con contención de material de silicona, sin expansión ni desubicación de la prótesis.
- g. Con todo, no está demostrado el nexo causal entre la ruptura del implante y el examen de mamografía.
- h. Concluye señalado, que ya existe una decisión judicial sobre este mismo caso, el cual si bien fue concedido la tutela en una primera instancia, esta fue revocada y negada.
- i. De los documentos que se anexan a estas pruebas se halla la demanda de la segunda acción de tutela, así como copia de una demanda penal presentada por la señora *Isabel* contra el representante legal de la EPS Servicios Occidentales de Salud -S.O.S-. por el delito de lesiones culposas de las cuales afirma haber sido víctima en el año 2015, a consecuencia de un examen de mamografía indebidamente realizado, causando la rotura del implante de su seno izquierdo.
- j. En este primer auto de pruebas, no se obtuvo respuesta por parte de la accionante.

3.2.2 *Auto de pruebas del 11 de agosto de 2017*

3.2.2.1 La magistrada sustanciadora consideró necesario insistir a la señora *Isabel* para que remitiera a esta Corporación los resultados de los exámenes médicos concernientes a la mamografía en la cual presumiblemente ocurrió la ruptura de sus implantes, así como la lectura o interpretación de dichas imágenes. Se le solicitó adicionalmente, que de tenerlos, remitiera igualmente a esta Corporación, exámenes posteriores que le hubiesen sido realizados por la E.P.S. Servicios Occidentales de Salud –S.O.S.- o por otro centro médico, en los que confirmase la ruptura de sus implantes, y su estado actual de salud.

3.2.2.2 Así, en respuesta recibida por este despacho el 30 de agosto de 2017, la accionante aportó los siguientes documentos:

3.2.2.3 Examen realizados el 11 de diciembre de 2015 en la IPS Comfandi, en el que se observa el siguiente diagnóstico:

“HALLAZGOS:

Indicación: Estudio de tamizaje. Control anual.

Estudios previos: mamografía de abril de 2013 (Bi-rads II).

Cuadro clínico: Paciente asintomática.

Antecedentes: Niega antecedentes personales o familiares de CA de mama. Refiere antecedente de implantes mamarios bilaterales.

Se realizaron proyecciones Cráneo Caudal, Medio Lateral Oblicua, y Eklund de ambas mamas, observando:

Se identifica prótesis bilateral de ubicación subpectoral. La prótesis mamaria derecha no presenta signos mamográficos de ruptura. La prótesis mamaria izquierda presenta inmediatamente externo a su superficie material radiopaco que puede corresponder a ruptura de la prótesis y amerita valoración ecográfica.

Se identifican escasas calcificaciones de aspecto benigno en ambos cuerpos mamarios.

El tejido mamario es de distribución fibroglandular dispersa. ACR tipo B.

No se visualizan lesiones espiculadas, distorsiones de la arquitectura, asimetría ni microcalcificaciones sospechosas de malignidad.

No se observan adenomegalias ni ganglios sospechosos en ambas regiones axilares.

No se identifican cambios notorios en el parénquima mamario respecto de la mamografía previa. Los hallazgos de la prótesis izquierda no se visualizaban en la mamografía previa.

CONCLUSIÓN:**CLASIFICACIÓN: BI-RADS II****RECOMENDACIÓN: CONTINUAR SUS ESTUDIOS DE TAMIZAJE ANUAL.**

Nota: dados los hallazgos en la prótesis mamaria izquierda es adecuado valoración ecográfica de las prótesis.” (Negrillas originales del texto)

3.2.2.4 En examen de ecografía mamaria realizado el 21 de junio de 2016, y suscrito por el médico radiólogo William Ortíz, se da la siguiente explicación:

“Con trasductor de 7.5 a 10 Mhz, se realizó estudio ecográfico de ambos senos, cuadrante a cuadrante y en forma comparativa con los siguientes hallazgos:

Datos clínicos: Ausencia de datos clínicos.

“Prótesis mamarias bilaterales, retropectorales, observándose de contorno lobulado en el cuadrante ífero (sic) interno de la prótesis mamaria izquierda.

Material como cuerpo extraño ecogénico rodeando la prótesis mamaria izquierda, predominantemente en los cuadrantes internos y de estos en el cuadrante ífero interno en relación con filtración o ruptura.

Predominio del tejido fibroglandular que por lo demás es de características ecográficas normales.

Patrón graso ecogenéticamente normal.

No hay masas sólidas ni quísticas en ambas mamas.

Piel y pezones sin alteraciones

Regiones retroareolares libres.

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

No se observan adenopatías en las pirámides axilares.

OPINIÓN:

**SIGLOS DE FIULTRACIÓN O RUPTURA DE LA PRÓTESIS MAMARIA IZQUIERDA.
CATEGORÍA BI-RADS 3.”** (Negrillas originales del texto)

Se anexaron 9 folios correspondientes a imágenes diagnósticas.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

2. Problema jurídico

En consideración a los antecedentes planteados, y visto que en ambos procesos, las partes accionantes reclaman de sus respectivas E.P.S. la prestación de un servicio médico que les garantice el goce efectivo y pleno de sus derechos a la salud y la vida en condiciones dignas, debe la Sala plantearse el siguiente cuestionamiento:

¿Desconocen las E.P.S. aquí accionadas los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las accionantes *María y Isabel*, al negarles la autorización de los procedimientos médico quirúrgicos y de atención en salud por ellas reclamados, al considerar que en ambos casos, dichas atenciones médicas se encaminan a resolver complicaciones de salud derivadas de procedimientos quirúrgicos de carácter estético a los que las accionantes se sometieron de manera consciente y voluntaria, y respecto de los cuáles la normatividad vigente considera que no pueden ser cubiertas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por estar expresamente excluidos de su cobertura?

Para resolver el cuestionamiento planteado, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas hará el siguiente análisis: **primero**, establecerá el concepto normativo y jurisprudencial del derecho a la salud; **segundo**, hará referencia concreta a la regulación actual en torno a la cobertura o no de procedimientos quirúrgicos de carácter estético y/o funcional a la luz del principio de integralidad del servicio de salud; y **tercero**, se analizarán los casos concretos.

3. El derecho fundamental a la salud

Como la misma Constitución Política lo señala en su artículo 49, la atención en salud y el saneamiento ambiental son una responsabilidad a cargo del Estado, en cuanto a su organización, dirección y reglamentación para la adecuada prestación del servicio público de salud²⁹, y que dicha

²⁹ Ver entre otras sentencias T-134 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett y T-361 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

responsabilidad debe prestarse de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad. Como se observa, la norma constitucional es muy explícita en cuanto a la primera connotación jurídica de la salud en tanto servicio público³⁰. Es por ello, que en los términos del artículo 4º de la Ley 1751 de 2015 el sistema de salud “es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud”³¹.

En cuanto a su connotación jurídica como derecho, la salud ha tenido una marcada evolución jurisprudencial, pues inició como un derecho de desarrollo progresivo, que era amparable por vía de la acción de tutela cuando quiera que el mismo estuviese en conexidad con el derecho a la vida. Sin embargo, el progreso jurisprudencial de las decisiones de la Corte, advirtió que la fundamentalidad de un derecho no podía depender de la manera en que éste se pudiese materializar. Es por ello, que fue la jurisprudencia constitucional la que le dio su reconocimiento como un derecho fundamental *per se*³², y por tal motivo podría ser protegido a través de la acción de tutela ante la simple amenaza o vulneración del mismo, sin que estuviese comprometida o amenazada la vida. Es así como en sentencia T-016 de 2007³³ se sostuvo lo siguiente:

“... la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.

Posteriormente, en sentencia T-760 de 2008³⁴ en la que la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015³⁵, el Legislador materializa en una norma la interpretación jurisprudencial del derecho fundamental a la salud. Es así, como en su artículo 2º, aterriza muchos de los aspectos que ya habían sido consagrados en la Constitución, como es su irrenunciabilidad y dispone que su prestación estaría a cargo del Estado o de particulares autorizados para tal efecto, bajo estrictos lineamientos de oportunidad, eficacia y calidad.

Pero la norma que más estructura jurídica imprime al derecho fundamental a la salud, es el artículo 6º de la referida Ley 1751 de 2015. En efecto, en dicha norma se condensan de la mejor manera,

³⁰ Sentencias T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³¹ Artículo 4º de la Ley 1751 de 2015.

³² Sentencias C-463 de 2000, T-016 de 2007, T-1041 de 2006, T-573 de 2008, entre otras.

³³ Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁴ Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁵ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. Esta ley tuvo su control previo de constitucionalidad a través de la sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Martelo.

las características que debe tener el derecho a la salud, así como los principios que estructuran su faceta como servicio público.

Así, el derecho fundamental a la salud es un derecho de contenido cambiante, que exige del Estado una labor de permanente de actualización, ampliación y modernización en su cobertura, por lo que no es aceptable considerar que ya se ha alcanzado un grado de satisfacción respecto de su garantía. Para ello, es fundamental que el Estado garantice que los elementos esenciales del derecho a la salud como son (*i*) la disponibilidad, (*ii*) la aceptabilidad, (*iii*) la accesibilidad y (*iv*) la calidad e idoneidad profesional³⁶, siempre estén interrelacionados y que su presencia sea concomitante pues, a pesar de la independencia teórica que cada uno representa, la sola afectación de uno de estos elementos esenciales es suficiente para comprometer el cumplimiento de los otros y afectar en forma negativa la protección del derecho a la salud.³⁷

Dentro del marco de regulación internacional es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) sobre el alcance del derecho a la salud. De manera textual, el aludido instrumento internacional prescribe lo siguiente: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental / Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”*

Por su parte, y atendiendo el mismo tema, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece en su artículo 10, lo siguiente:

- “1. *Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.*
2. *Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:*

³⁶ En relación con cada uno de ellos, la norma en cita establece que:

“a) **Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) **Aceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) **Accesibilidad.** 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;

d) **Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

³⁷ Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Martelo.

- a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”

Se puede afirmar entonces, que la salud “*es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos*”.³⁸ Y ello tiene sentido, pues el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano³⁹. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible.⁴⁰ Por tal motivo, la protección y garantía del derecho a la salud, impacta sobre otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida, entre otros.

Ahora bien, como se dijo al comienzo de éste acápite, el derecho a la salud además de tener unos elementos esenciales que lo estructuran, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6º de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de *pro homine*⁴¹, universalidad, equidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, entre otros.

Adicional a los anteriores principios, resalta otro que se ha identificado como el de *integralidad*, y cuya relevancia valió para que el Legislador dispusiera de su explicación en norma aparte y que se pasa a explicar.

Principio de integralidad en el derecho a la salud

El principio de *integralidad* contenido en el artículo 8º de la Ley 1751 de 2015, señala de manera puntual, que para que el derecho a la salud pueda alcanzar su más alta y efectiva protección, debe asegurarse una oferta de servicios en salud para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de todas aquellas patologías que afecte a la persona. Ello le permitirá al

³⁸ Observación general número 14 sobre “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*” Párrafo 1.

³⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, “*El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud*”.

⁴⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, párrafo 1.

⁴¹ Este principio ha de entenderse como lo señala la norma en el sentido de que “*las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas*”.

usuario de tales servicios, reclamar la prestación y atención requerida para lograr restablecer su salud, o en su defecto para reducir su nivel de sufrimiento.

Ello supone en consecuencia, que la prestación de salud debe darse en todos los ámbitos que el derecho requiere, iniciando con la atención previa a la enfermedad (etapa preventiva), durante la misma (etapa curativa) y con posterioridad a esta (etapa paliativa), y siempre ligada a un cubrimiento integral y continuo. En efecto, la norma legal dispone lo siguiente:

“Artículo 8º. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

En atención a la referida norma, la importancia del principio de integralidad, radica en que cualquier norma que reglamente el derecho a la salud y las prestaciones que de éste se deriven, deberán interpretarse en el sentido de asegurar la mayor protección y garantía al titular de tal derecho. Sin embargo, no siempre esta interpretación normativa o regulatoria resulta fácil, y es frente a estas situaciones de duda, que interviene el principio *pro homine*, del cual ya se hizo mención. La importancia de éste principio, radica en que ante cualquier duda respecto a la interpretación de las normas que regulan la prestación de los servicios de salud ofrecidos a los usuarios, siempre se optará por aquella en la que prevalezca la garantía y protección del derecho, incluso en los casos en los que se presume que la atención médica reclamada pueda no estar cubierta por el sistema de salud. En efecto, el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispone que: *“En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”*.

Ahora bien, en el evento en que el juez constitucional imparta una orden de atención integral con el fin de proteger el derecho a la salud de una persona, sus contenidos deberán ser claros, expresos, puntuales y concretos.⁴² De lo contrario, cualquier otro tipo de orden podría llevar a considerar que la entidad promotora de salud no tendría voluntad de cumplimiento, y todo ello a consecuencia de una orden judicial que por sus características resultaría imposible de dar por cumplida en cualquier supuesto.⁴³ Además, una providencia judicial en la cual se imparten órdenes puntuales y concretas

⁴² Sentencias T-320 de 2013 y T-433 de 2014. Sobre estos criterios se ha dicho lo siguiente: *“En este orden de ideas, en aquellos casos en que se invoca la protección del derecho a la salud, el juez de tutela tiene el deber de revertir o impedir el actuar lesivo, siempre que se evidencie la existencia de una vulneración. No obstante, al momento de proferir una orden, debe ser respetuoso de los criterios médico-científicos que rodean un asunto en particular. En efecto, la administración de justicia no debe desbordar su experticia y suplantar el conocimiento o *lex-artis* de los profesionales de la salud. En este sentido, en reiterada jurisprudencia, la Corte ha señalado que los jueces constitucionales no son competentes para ordenar medicamentos, procedimientos o servicios que no hayan sido prescritos por el médico tratante, excepto en aquellos casos en los cuales los insumos requeridos, sean evidentemente necesarios a la luz del sentido común o del simple análisis de la situación particular”* (Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁴³ *“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

con el fin de asegurar una atención integral y protección del derecho a la salud, supone igualmente la prestación de un servicio público de salud bajo los estrictos lineamientos de necesidad, especialidad, responsabilidad, y proporcionalidad⁴⁴.

Exclusiones de servicios o atenciones en salud. Distinción entre los procedimientos estéticos y los procedimientos funcionales en el Plan de Beneficios en Salud.

Con todo, como ya se alcanzó a mencionar, pueden existir servicios no incluidos en el sistema de salud, tal y como lo dispone el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, el que establece exclusiones expresas a ciertas prestaciones de salud, entre ellas las estéticas o de embellecimiento, tema que se pasa a explicar.

En efecto, la norma en comento dispone lo siguiente

Artículo 15. “Prestaciones de salud. El Sistema garantizará 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 rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

a) 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;

- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;**
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;**
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;**
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;**
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.**

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad. (...)"

⁴⁴ Este límite del juez constitucional se soporta en cuatro criterios: necesidad, responsabilidad, especialidad y proporcionalidad. // El primero de los mencionados criterios, esto es, el criterio de necesidad, hace referencia a que el concepto del médico tratante justifica el reconocimiento de un servicio, lo que a su vez garantiza el uso y aprovechamiento adecuado de los recursos del Sistema General de Salud, es decir, el juicio del profesional de la salud proporciona seguridad sobre la pertinencia de un tratamiento. Por su parte, el criterio de responsabilidad radica en el compromiso que asumen los galenos frente a los procedimientos que prescriben a sus pacientes y las consecuencias que ello genera en su salud. Dicho compromiso está dado por el conocimiento que les da la ciencia médica. // El criterio de especialidad advierte que los conceptos médicos no pueden reemplazarse por el discernimiento jurídico, pues se atentaría contra la efectividad de los tratamientos y la recuperación de los pacientes, así como, eventualmente, contra su vida misma. Por último, el denominado criterio de proporcionalidad, recomienda que, si bien el juez deberá en todo momento procurar la mayor protección a los derechos fundamentales, en caso de conflicto, el concepto médico está llamado a prevalecer." Sentencia T-469 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Como se advierte de la lectura de la norma trascrita, es claro, que el Legislador consideró que a efectos de poder asegurar una mayor cobertura de los servicios de salud, y dadas las restricciones de orden económico y/o financiero del propio Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS-, el cubrimiento contendrá, como regla general, todas las prestaciones que requiera el usuario en salud, excepto las que cumplan con los criterios establecidos en la norma en cita.

Sin embargo, como ya se señaló al explicarse el principio de la integralidad del derecho a la salud, si en un caso en particular se advierte que una persona (i) encuentra afectado su derecho fundamental a la salud, (ii) no existe un sustituto dentro de las prestaciones en salud incluidas en el Plan de Beneficios en Salud, (iii) no cuenta con los recursos económicos para asumir por su cuenta los servicios médicos que requiere para restablecer su salud, y (iv) existe ya una orden médica que determina la atención reclamada, ha de considerarse que a pesar que el servicio se encuentre expresamente excluido, se podrá por vía de la interpretación *pro homine* de las normas reguladoras del servicio o la atención médica, ordenar su prestación o suministro, aun cuando la misma encaje dentro de alguna de las causales de expresa exclusión.

Ciertamente, deberá entenderse que la prestación reclamada se requiere por extrema necesidad, al punto que sin ella no se podría asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales. Y este planteamiento encuentra su justificación jurisprudencial en la misma sentencia C-313 de 2014⁴⁵, que indicó que: “al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como ‘requerido con necesidad’, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud (...)”⁴⁶

Ahora bien, como se observa, la primera exclusión expresa de los beneficios en salud que no podría ser cubierta con cargo a los recursos del Plan de Beneficios en Salud, son todos aquellos servicios médicos con fines cosméticos o suntuarios que no tengan relación alguna con la recuperación, restablecimiento o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas. En este punto, resulta de vital importancia hacer claridad en torno a las diferencias existentes entre una atención médica con fines cosméticos o de embellecimiento y aquellas de carácter funcional.

Así, con la expedición de la Resolución No. 6408 de 2016⁴⁷ del Ministerio de Salud y Protección Social, por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Beneficios en Salud⁴⁸, se

⁴⁵ Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁶ En pertinente indicar que en la aludida sentencia el término “necesidad” fue declarado inexequible en múltiples artículos, entre otras razones, porque resultaba indeterminado y, por lo mismo, incidía negativamente en el acceso a la salud. Sin embargo, es claro que el párrafo citado en su totalidad es esclarecedor sobre lo qué entiende esta Corporación por el criterio de “requerir con necesidad”, pues cobra las exclusiones del sistema y no corresponde a una regla que abarque los tratamientos, insumos o medicamentos que se hallen incluidos en él. De manera general, en la sentencia en cita, se dijo que: “Como se puede apreciar, la providencia transcrita incorpora todos los elementos de lo que la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal Constitucional ha denominado, refiriéndose a las tecnologías o servicios en materia de salud, como ‘requerido con necesidad’. Si bien es cierto, en esta decisión, al estudiarse la constitucionalidad de preceptos como los contenidos en el literal e) del inciso 2º, del artículo 6 o, en el parágrafo 1º del inciso 2 del artículo 10, la Corte aclaró que ‘requerido con necesidad’ no podía entenderse en el sentido acuñado por la jurisprudencia, igualmente, resulta cierto que al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como ‘requerido con necesidad’, con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud, pero, también se advierte cuál es su lugar y, en cuales circunstancias opera.// La precisión inmediatamente referida resulta importante, pues, la expresión en comento no tiene el mismo significado a lo largo del texto expedido por el legislador estatutario. En suma, al momento de resolverse la aplicabilidad o inaplicabilidad de alguna de las exclusiones, el intérprete correspondiente, habrá de atender lo considerado por la jurisprudencia en las numerosas decisiones de tutela en las cuales ha tenido oportunidad de proteger el derecho a la salud acorde con las exigencias indicadas en la providencia antes transcrita”.

⁴⁷ “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

⁴⁸ Esta Resolución se expidió teniendo, entre otras consideraciones, el que de acuerdo con el artículo 2 del Decreto Ley 4107 de 2011, modificado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012, a este Ministerio le corresponde modificar el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación

contempla que entre las tecnologías no financiadas con cargo a la UPC, se encuentran aquellas “cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad.”, y los “Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de no financiación con recursos del SGSSS señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011”. (Art. 132, núm. 1 y 5)⁴⁹.

En desarrollo de esta premisa, el artículo 8 de la Resolución en cita consagra una distinción entre la cirugía cosmética o de embellecimiento y la cirugía reparadora o funcional, en los siguientes términos:

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

8. Cirugía plástica reparadora o funcional: Procedimiento quirúrgico que se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo.”

En adición a lo expuesto, el artículo 36 de la Resolución 6408 de 2016, es claro en indicar que todos aquellos tratamientos o procedimientos de carácter reconstructivos que tengan una finalidad funcional, de conformidad con el criterio del médico tratante, se encuentran dentro del Plan de Beneficios en Salud y deben ser asumidos por el sistema. La disposición en cita establece que:

“ARTÍCULO 36. TRATAMIENTOS RECONSTRUCTIVOS. En el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el anexo 2 ‘Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC’, que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.”

A partir de este tipo de lineamientos se puede advertir que en el tema concreto de las cirugías plásticas existen dos tipos de intervenciones quirúrgicas muy distintas⁵⁰. Por una parte, las consideradas de carácter cosmético, de embellecimiento o suntuarias, cuya finalidad última es la de 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 belleza. Por otra parte, se encuentran aquellas intervenciones quirúrgicas cuyo interés es el de 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, así como también

(UPC) y definir y revisar como mínimo una vez al año el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de dicho plan, a cuyo cumplimiento estricto instó la Corte Constitucional en la orden décimo octava de la Sentencia T-760 de 2008.

⁴⁹ El presente acto administrativo rige a partir del 1º de enero de 2017 y deroga las Resoluciones 5592 de 2015, 001 de 2016 y demás disposiciones que le sean contrarias.

⁵⁰ Sobre este tema se pronunció recientemente la Corte en las Sentencias T-570 de 2013, T-022 de 2014, T-142 de 2014 y T-381 de 2014.

con el fin contrarrestar las afecciones sicológicas que atentan también contra del derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

Es entendible en consecuencia que las cirugías plásticas con fines meramente estéticos no pueden estar cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud (antes Plan Obligatorio de Salud), como en efecto así se contempla. Incluso en este tipo de cirugías plásticas, los efectos secundarios que de ellas se deriven tampoco se podrán asumir con cargo al PBS. Ciertamente, la norma se refiere a todos aquellos efectos previsibles de acuerdo a las técnicas utilizadas y los diferentes factores científicos y humanos que si bien puede ser calculados no se pueden prevenir.

En lo que refiere a las cirugías plásticas funcionales o reconstructivas, su realización podrá ser asumida por las EPS, siempre que se cuente con una orden médica que así lo requiera, prescrita por un profesional vinculado con la Entidad Promotora de Salud. Sobre el particular, esta Corte indicó en la sentencia T-392 de 2009⁵¹ que “[Desde] un punto de vista científico una cirugía plástica reconstructiva tiene fines meramente ‘estéticos’ o ‘cosméticos’ cuando, ‘es realizada con la finalidad de cambiar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente’, mientras que, es reconstructiva con fines funcionales cuando ‘está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma’. La cirugía reconstructiva hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas.”

Aunado a lo anterior, habrá de tenerse en cuenta que una cirugía será considerada como estética o funcional a partir de una valoración o dictamen científico debidamente soportado, y no en consideraciones administrativas o financieras de las EPS o las subjetivas del paciente que reclama la atención. Queda claro entonces, que las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del PBS, mientras que las reconstructivas o funcionales si entienden incluidas y a cargo de las EPS.

Expuestos los anteriores argumentos, se entra en la discusión de si las reintervenciones plásticas también se encuentran excluidas de la atención en salud, cuando quiera que estas se soliciten con el fin de corregir efectos secundarios o complicaciones derivadas de previas cirugías estéticas o de embellecimiento.

En este punto, cabría señalar dos aspectos importantes. Por una parte, resulta coherente tener por excluidas aquellas reintervenciones plásticas derivadas de una previa cirugía estética, cuando las complicaciones que se pretenden atender son consecuencias que fueron previsibles y contempladas científicamente desde un principio y que las mismas fueron explicadas al paciente al momento de su primera intervención quirúrgica. Ciertamente, problemas de cicatrizaciones difíciles o defectuosas, procesos inflamatorios o infecciosos, o la misma inconformidad del paciente con el resultado obtenido, no tendrían la posibilidad de ser asumidas con cargos a los recursos de la UPC.

Sin embargo, cuando los efectos secundarios o las complicaciones derivadas de una cirugía estética, comprometen muy gravemente la funcionalidad de los órganos o tejidos originalmente intervenidos o de otros órganos o tejidos del cuerpo que no fueron objeto de dicha cirugía inicial, esa circunstancia desborda el alcance de lo que podría entenderse como efectos secundarios o

⁵¹ Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

complicaciones previstas científicamente para cada tipo de cirugía estética, en cuyo caso se impone la necesidad dar una interpretación a la norma que excluye la atención en salud a la luz de los principios *pro homine* y de integralidad del servicio de salud.

El supuesto que se acaba de plantear corresponde al caso en que se encuentra severamente comprometida la funcionalidad de la parte del cuerpo que originalmente fue intervenida con fines netamente estéticos, pero cuyos complicaciones impactan gravemente su funcionalidad y la de otros órganos que no fueron objeto del tratamiento estético inicial, y que de no ser atendidos medicamente de manera oportuna y eficaz, podría llevar al compromiso serio de la salud o de la vida misma.

6. El concepto de temeridad en la acción de tutela

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, dispone que existe temeridad cuando, “*sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales*”, por lo cual “*se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes*”. Con todo, se configurará la temeridad solo cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad fáctica con otra acción de tutela; (ii) identidad de demandante y de accionado; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción⁵². Esta situación supone un desgaste al sistema judicial por capricho del accionante y por desconocimiento del principio de buena fe. Con todo, la temeridad debe ser plenamente acreditada y no puede ser inferida tras una simple revisión formal de las acciones de tutela que llevan a suponer que se ha configurado dicha conducta.

Si hay concurrencia de los elementos citados, el juez podrá, rechazar de plano la tutela o decidir negativamente la petición, cuando advierta que la actuación (i) envuelva una actuación amañada, en la que se reservan para cada acción los argumentos o pruebas que convaliden las pretensiones; (ii) denote un interés desleal de alcanzar un beneficio individual al perseguir una interpretación judicial favorable; (iii) evidencie el abuso del derecho al actuar abiertamente de mala fe; (iv) pretenda asaltar la buena fe de los administradores de justicia.⁵³

Con todo, a pesar de la posible concurrencia de los citados elementos que dan estructura a la figura de la temeridad, debe verificarse las circunstancias particulares del caso concreto, en especial cuando se pueda advertir alguna de las siguientes circunstancias: (i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante; y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.⁵⁴

⁵² Ver entre otras, sentencias: SU-154 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-986 de 2004 M.P Humberto Sierra Porto, T-410 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas

⁵³ Sentencia T-001 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁴ Sentencia T-1104 de noviembre 6 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

De esta manera queda establecido el marco constitucional aplicable a los casos objeto de revisión en esta providencia, por lo que se pasará ahora a resolver el problema jurídico planteado.

7. Caso concreto

7.1 Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

7.1.1 De la legitimación en la causa por activa

El artículo 86 de la Constitución dispone que cualquier persona pueda recurrir a la acción de tutela cuando considere vulnerados sus derechos fundamentales, y no disponga de otro medio judicial idóneo y efectivo para la protección de los mismos. De esta manera quien promueva la acción de tutela lo podrá hacer ya sea de manera directa, como titular de los derechos concursados, o excepcionalmente a nombre de otra persona, en calidad de agente oficioso “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.⁵⁵

En los casos objeto de revisión, se advierte que las acciones de tutela fueron promovidas en forma directa por las señoras *Maria* y *Isabel* como personas que alegan la vulneración de sus derechos a la salud y a la vida digna. De esta manera no existe duda alguna en que se cumple a plenitud con el requisito de la legitimación por activa, dando alcance de esta manera, al principio de autonomía que rige su interposición.

7.1.2 De la legitimación en la causa por pasiva

El mismo artículo 86 Superior dispone que la acción de tutela pueda ser promovida contra (i) autoridades públicas o (ii) contra aquellos particulares previstos por la Constitución y la ley⁵⁶, cuando quiera que estos por su acción u omisión vulneren o amenacen los derechos fundamentales de una persona.

Así, para acreditar el cumplimiento del requisito de la legitimación por pasiva deben verificarse dos condiciones: (i) que la acción de tutela se promueva contra uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión⁵⁷.

De esta manera, en el caso del expediente T-6.074.003 la tutela fue promovida contra la E.P.S. SANITAS, a la cual se encuentra afiliada la accionante, y que corresponde a una entidad de carácter privado autorizada para la prestación de un servicio público como es la salud. De esta manera se cumple con el primero de los requisitos mencionados. En cuanto al segundo requisito, se observa que dicha entidad de salud, en respuesta a un derecho de petición presentado por la accionante, le negó la autorización de cirugía plástica reconstructiva necesaria para el retiro de polímeros, al

⁵⁵ Decreto 2591 de 1991, artículo 10.

⁵⁶ Decreto 2591 de 1991, artículo 42, numeral 2: “la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 2. **Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud**”. (Énfasis agregado)

⁵⁷ Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

advertir que ésta corresponde a una complicación derivada de un procedimiento estético.⁵⁸ Sin embargo, como se desprende de los hechos expuestos en este caso, la compleja situación médica que afecta a la accionante debe ser atendida de manera urgente, pues la negativa en la prestación de los servicios médicos requeridos, tiene la potencialidad de agravar la condición de salud de la accionante, al punto de llegar a comprometer hasta su propia vida. En ese orden de ideas, a juicio de la Sala, se entienden satisfechos los requisitos de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

En cuanto al proceso de tutela T-6.182.278, este se promovió contra la E.P.S. Servicios Occidentales de Salud –S.O.S.-, entidad particular autorizada para la prestación del servicio de salud (primer requisito), la cual negó la realización de una intervención quirúrgica a la accionante en la cual debía retirar los implantes mamarios de la paciente, por la ruptura de uno de ellos, presuntamente a consecuencia de realización de un examen de mamografía, lo cual afectó su salud, y compromete el goce pleno de tal derecho (segundo requisito). Como se observa en el presente caso, la Sala encuentra igualmente cumplidos el requisito de la legitimación por pasiva.

7.1.3 De la inmediatez

Otro de los requisitos esenciales de procedibilidad de la acción de tutela, es su interposición dentro de un término razonable, contado a partir del momento en que se generó la vulneración o amenaza, o desde que ésta fue conocida por la parte afectada. Ello se debe al hecho que éste mecanismo de protección constitucional es un instrumento cuya aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), asegura la efectividad concreta y actual del derecho cuyo ejercicio pleno se ha visto conculado o amenazado⁵⁹. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el *principio de inmediatez*⁶⁰. Por ello, al acudir a la acción de tutela, ha de hacerse de manera oportuna, pues una reclamación tardía desvirtuaría por completo el nivel de efectividad jurídica que le caracteriza. En efecto, la utilización inoportuna de la acción de tutela, vicia la necesidad de una protección urgente, efectiva e inmediata, pudiendo incluso convertirse en un factor de inseguridad jurídica, que puede comprometer derechos de terceros⁶¹.

En el caso de la señora *María* (Expediente T-6.074.003), se tiene que la peticionaria instauró la acción de tutela el 14 de octubre de 2016⁶², mientras que la decisión que le negó la atención médica por ella reclamada, se produjo el 26 de agosto de 2016, es decir, que transcurrió poco menos de dos meses entre estos dos momentos. De esta manera, queda demostrado el cumplimiento de requisito de la inmediatez dada la brevedad del tiempo transcurrido entre los dos momentos ya referidos.

En el caso de la señora *Isabel*, (T-6.182.278), debe anotarse que gracias a las pruebas practicadas la Sala pudo concluir lo siguiente: (i) si bien la prestación médica que presumiblemente causó la ruptura de uno de los implantes mamarios de la accionante, se dio el 11 de diciembre de 2015, la

⁵⁸ Folio 28 del cuaderno principal del expediente de tutela.

⁵⁹ Precisamente, el artículo 86 dispone que: “**Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)**”. Énfasis por fuera del texto original.

⁶⁰ Véanse, entre otras, las Sentencias SU-961 de 1999, T-344 de 2000, T-1169 de 2001, T-105 de 2002, T-575 de 2002, T-843 de 2002, T-315 de 2005, T-993 de 2005 y T-1140 de 2005.

⁶¹ Sentencia T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶² A folio 60 del cuaderno principal del expediente, obra auto que admite y da trámite a la acción de tutela.

verificación de tal hecho, solo se vino a dar con ocasión de posteriores exámenes médicos: el primero, realizado por una entidad particular el día 21 de junio de 2016, y el segundo, practicado por la EPS aquí accionada, el día 30 de noviembre de 2016, fecha en la cual la accionante acudió para ser atendida por molestias en su seno izquierdo. Si bien al realizársele en esta última fecha, el examen físico, no se advirtió irregularidad alguna. Sin embargo, es en ese momento en el que la médica le advierte a la accionante, que de confirmarse la rotura de uno de sus implantes mamarios, la EPS no asumiría la atención médica respectiva por considerar que esta situación correspondía a una complicación derivada de una cirugía de carácter estético.

Entendido entonces, que el 30 de noviembre de 2016 es el momento en que la E.P.S. Servicios Occidentales de Salud –S.O.S.- negó los servicios que podría requerir la accionante, esta interpuso la acción de tutela el 20 de diciembre de 2016, es decir, menos de un mes después. Como se advierte, la brevedad del tiempo transcurrido entre las dos actuaciones, permite dar por cumplido el requisito de inmediatez.

7.1.4 De la subsidiariedad

Tanto el artículo 86 de la Constitución, como el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, así como la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶³, han dispuesto, que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección excepcional de derechos fundamentales, de carácter subsidiario y residual, cuya procedencia solo es viable si (i) no existe otro medio judicial para proteger el derecho fundamental alegado como vulnerado o amenazado; (ii) si a pesar de existir otros medios o acciones judiciales de protección, éstos no resulten eficaces o idóneos para la protección del derecho reclamado; y (iii) si teniendo estas acciones judiciales ordinarias la posibilidad de dar una solución integral, resulta de todos modos necesaria la intervención transitoria del juez constitucional, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.⁶⁴

En virtud de lo anterior, no resulta aceptable para esta Corporación que se haga una valoración genérica de la eficacia e idoneidad de un mecanismo ordinario de defensa judicial, pues a este nivel de análisis, todos los mecanismos judiciales ofrecen una garantía mínima de protección a los derechos constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la eficacia en la protección ofrecida por un medio ordinario de defensa judicial debe mirarse a la luz de las exigencias propias del caso concreto, para determinar de esta manera, si éste puede brindar una protección integral e inmediata de los derechos fundamentales cuya protección se reclama en cada caso en particular⁶⁵.

En consideración a lo anterior, las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir algunas controversias entre las entidades prestadoras de servicios de salud, o entre estas y sus afiliados, permitiéndole

⁶³ Al respecto, puede consultarse la sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶⁴ En lo pertinente, las normas en cita disponen que: “Artículo 86.- (...) Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. “Artículo 6.- La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

⁶⁵ Sobre el tema se puede consultar la Sentencia T-646 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

resolver de manera breve y con atribuciones similares a las de un juez, asuntos en los que se encuentre comprometido o amenazado el derecho a la salud de una persona.⁶⁶

Si bien existe dicha opción por vía de la Superintendencia Nacional de Salud, en algunos casos la acción de tutela surge como el mecanismo judicial más idóneo y eficaz para asegurar la protección material de los derechos fundamentales.⁶⁷

Así, en el expediente T6.074.003, la gravedad en el compromiso funcional de algunos de los órganos y partes del cuerpo de la accionante, e incluso el riesgo que puede estar corriendo su vida, conducen a que la acción de tutela sea el mecanismo judicial más eficaz e idóneo en este caso.

En el supuesto del expediente T-6.182.278, a pesar que de la valoración médica hecha a la accionante se advierte que no existe condición médica que demuestre gravedad o urgencia para su atención, hecho que llevaría al envío del caso para su trámite por vía de la Superintendencia Nacional de Salud, esta Sala de Revisión, considera que por razones que más adelante se explicarán, el caso será resuelto en esta sede de revisión.

7.2 Presentación del caso del expediente T-6.074.003

La accionante de 47 años de edad, quien de acuerdo a la historia médica presenta un complicación derivada de una cirugía estética en sus glúteos, reclama de su EPS la realización de una cirugía reconstructiva con el fin de recuperar su salud, y el nivel de funcionalidad de su cuerpo en las condiciones normales, afectada por la migración de la sustancia (biopolímero) que introdujo en su cuerpo a otras partes diferentes de los glúteos.

Si bien la presente acción de tutela fue negada en primera instancia, en segunda instancia se revocó y se ampararon los derechos accionados, ordenando la realización de la cirugía plástica reclamada. Se consideró que la actora estaba afectada por una enfermedad de base, y si bien el servicio médico reclamado no estaba incluido en el POS ello no puede constituirse en un obstáculo para acceder a la salud por parte del afiliado, más aún cuando la EPS podía recobrar ante el FOSYGA.

7.3 Vulneración de los derechos

Sea lo primero en señalar que en el ámbito de la garantía del derecho a la salud, existe una cadena lógica de responsables que asegura el pleno goce del derecho a la salud. En este sentido, es el individuo, como titular del derecho, el primer responsable por su salud, en el entendido que si bien no es un experto en el conocimiento científico que le permita tener un comprensión amplia y profunda de las conductas, hábitos y cuidados que aseguren mantener una óptima salud, lo que si se le puede exigir es que al menos asuma conductas propias o instintivas de conservación de la misma en un nivel medianamente razonable. En efecto, el individuo debe entender que frente a su salud física, sínqua y funcional de su cuerpo debe asumir conductas responsables que no pongan en peligro o afecten de manera negativa la plenitud de su corporeidad. Sin embargo, y en el evento en que existan cambios físicos y/o funcionales que se produzcan de manera natural (crecimiento, madurez,

⁶⁶ Ley 1122 de 2007 "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones." Ver artículo 41.

⁶⁷ En la Sentencia C-119 de 2008 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte indicó que analizaría la idoneidad del citado mecanismo, dejando como regla que ese juicio dependería de las circunstancias concretas de cada caso.

vejez, etc.) o que los mismos obedezcan de manera directa o indirecta, a situaciones ajenas a su voluntad, como la enfermedad, o los accidentes, será en este momento en el que el sistema de salud deberá asistirlo a través de sus tres ámbitos de atención (preventiva, asistencial y paliativa).

Bajo este entendido, quien acude a las intervenciones quirúrgicas con fines de modificar estéticamente una parte de su cuerpo, para lograr una nueva apariencia que satisfaga su comprensión subjetiva de lo estéticamente mejor para él, no suele entender y asumir todos los posibles efectos secundarios o negativos de este tipo de procedimientos.

En el presente caso, la entidad cumplió cabalmente con su labor de diagnosticar la condición médica de la accionante a través de la valoración hecha por uno de sus cirujanos plásticos, el cual estableció el complejo panorama al cual se encuentra expuesta la paciente -alogenosis iatrogénica-. Sin embargo, la solución médica reclamada por la misma accionante, y que corresponde a la propuesta quirúrgica de la video endoscopia, que le fuera hecha por médico no adscrito a la EPS, podría no ser muy apropiada para tratar de manera efectiva esa específica patología, además de que en los términos de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, el método en cuestión no cuenta con la literatura científica suficiente que lo pueda catalogar como un procedimiento médico comprobado y seguro, que ofrezca niveles mínimos de recuperación adecuada en términos de calidad de vida digna de la paciente. De igual manera, visto el diagnóstico médico de la accionante, la atención médica que requiere, puede suponer otras intervenciones quirúrgicas adicionales a la ya ordenada por el juez de segunda instancia en la presente tutela, así como la prestación de otros servicios médicos complementarios.

En vista de ello, la Sala encuentra que el caso de la señora *Maria*, corresponde al supuesto aquí planteado, en el que una cirugía estética deriva en graves complicaciones médicas con alto compromiso funcional de las partes del cuerpo intervenidas y de otros órganos y tejidos que se han visto severamente afectados. En este caso, atendiendo a los principios *pro homine*, e integralidad, resulta de vital importancia, que la accionante sea atendida por su EPS, máxime cuando, ha sido clara en señalar desde un principio, que carece de los recursos económicos para asumir por su cuenta las atenciones médicas requeridas.

En consideración a lo anterior, y entendiendo que dadas las circunstancias particulares del presente caso, en el que la situación médica funcional supera ampliamente el aspecto estético que originó la patología actual, la accionante habrá de entender, que la atención en salud que se ordenará por esta vía, se orientará esencialmente, a restablecer la funcionalidad de su cuerpo y órganos, y que en el desarrollo de estas, deberá afrontar posibles resultados o secuelas tanto estéticas como funcionales que no puedan ser corregidas en su totalidad, y respecto de las cuáles no podrá exigir resultados a todas luces imposibles de alcanzar.

Finalmente, teniendo en cuenta que el aspecto estético que la accionante buscaba mejorar, no solo no va a volver a su normalidad sino que el mismo puede llegar a tener secuelas irreparables, la Sala considera de vital importancia que la accionante sea atendida respecto del compromiso a nivel celular, muscular y de piel al que se encuentran expuestas todas las partes del cuerpo que se encuentren afectadas por el biopolímero.

Por lo anterior, esta Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta en el expediente T-6.074.003, en tanto amparó los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida de la señora *Maria*. Se adicionará el fallo en el sentido de ordenar a la E.P.S. SANITAS que en el término de cuarenta (48) horas contadas a partir de la comunicación del presente fallo, proceda a generar las autorizaciones médicas que permita que la accionante sea asistida por un equipo multidisciplinario de profesionales de la salud, para que con apoyo en todos los procedimientos, servicios médicos y medicamentos pertinentes, se pueda impartir una atención integral que pueda hacer frente de la mejor manera posible, al problema de la alogenosis iatrogénica y de todas las complicaciones médico funcionales derivadas de esta patología, todo ello, con el único fin de procurar el restablecimiento de su salud y de su vida en condiciones de dignidad.

En la medida en que varios de los procedimientos que deban realizarse con ocasión de la atención requerida por la accionante se encuentran expresamente excluidos del plan de beneficios en salud, la E.P.S. SANITAS podrá recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. –ADRES-, la totalidad de los gastos en que debió incurrir respecto de los servicios médicos no incluidos expresamente en el Plan de Beneficios en Salud –PBS-.

7.4 Presentación del caso del expediente T-6.182.278

En el presente caso la señora *Isabel* de 53 años de edad, manifiesta que se sometió por su cuenta y con cargo a sus recursos económicos a una cirugía estética de implantes mamarios, procedimiento que se hizo hace aproximadamente 10 años.

Explica que en un examen de mamografía realizado por la EPS Servicio Occidental de Salud – S.O.S.- a la cual se encuentra afiliada, el implante de su seno izquierdo se rompió, según afirma ella, a consecuencia de la presión ejercida al seno al momento de realizarse dicho examen de control. Si bien, del relato de los hechos no se sabía el momento en que ocurrió dicho evento, de las pruebas aportadas por la accionante así como por la E.P.S., se pudo establecer que la presunta rotura del implante mamario pudo haber ocurrido el 11 de diciembre de 2015 fecha de la mamografía. Si bien esta situación no era muy clara, a pesar de posteriores exámenes que fueron realizados el 21 de junio de 2016 por un médico particular y luego con la valoración hecha por su IPS el 30 de noviembre del mismo año, se pudo confirmar la rotura de dicho implante, lo cual sin embargo, no permite afirmar de manera alguna, que la causa u origen de la rotura del implante mamario hubiese sido el examen de mamografía hecho en el mes de diciembre de 2015.

Ante esta situación, en la consulta médica del 30 de noviembre de 2016, se le advirtió a la accionante, luego del examen físico que concluyó con que no se veía alteración en su salud y condición física, que cualquier atención médica que tuviese que ver con los implantes y su posible retiro no sería asumida por la EPS, por corresponder a una situación derivada de una cirugía estética.

La accionante interpuso acción de tutela, la cual fue concedida en una primera instancia la protección a la salud de la accionante. No obstante, dicha orden fue revocada por el juez de segunda instancia, y en su lugar negó la tutela con el argumento que la reclamación correspondía a un servicio médico o procedimiento expresamente excluida del Plan de Beneficios en Salud.

Siendo éste el planteamiento del caso, debe la Sala hacer una breve consideración al hecho de que al momento de practicarse pruebas, la E.P.S. Servicios Occidental de Salud –S.O.S.-, al responder al requerimiento probatorio formulado por la magistrada sustanciadora, emitió una respuesta de cuya redacción y lectura se podía inferir claramente que se tenía el convencimiento de que se trataba de la segunda acción de tutela que la accionante había promovido por los mismos hechos en contra de esa EPS. Si bien se pudo verificar que en ese segundo intento la decisión judicial también negó la protección constitucional pretendida por la accionante, es evidente que la conducta adelantada por la accionante desconoce por completo los postulados que rigen el trámite de la acción de tutela, incurriendo por el contrario, en la conducta denominada como actuación temeraria. Pero aunado al citado comportamiento temerario, se conoció que la accionante había igualmente iniciado acciones penales en contra de su EPS, por las presuntas lesiones culposas sufridas a consecuencia del referido examen de mamografía.

Conocidos estos nuevos hechos y conductas judiciales iniciadas por la accionante, la Sala debe manifestarle que las acciones de tutela iguales, que ella promoviera con el fin de alcanzar una decisión favorable, suponen no solo un desgaste del sistema judicial sino un fraude a las decisiones judiciales que sobre un mismo asunto se pretenden obtener con tal de satisfacer sus propios interés, conducta que no solo no es aceptable, sino que puede generar sanciones en contra de quien las promuevan si se determina que las mismas se hicieron de manera consciente y voluntaria. Sin embargo, considera la Sala que el actuar de la actora responde más a la preocupación que le genera la posible afectación de su salud por la rotura de uno de sus implantes, lo que desdibujaría la mala intención o el dolo en su actuar.

Ahora bien, entrando al tema de fondo, la Sala debe señalar inicialmente que la situación en que se encuentra la actora, no puede ser objeto de la protección constitucional por las razones que se pasan a explicar.

En primer lugar, la accionante en ninguna de sus intervenciones, ni en las pruebas aportadas en sede de revisión, manifestó no tener capacidad económica alguna para asumir los servicios médicos que reclama, factor que resulta importante, pues es uno de los elementos que llevarían en un momento dado a que una prestación en salud expresamente excluida del cubrimiento por parte del SGSS, pueda ser ordenada de todos modos.

De otra parte, debe la Sala señalar que consultada la página electrónica de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, al revisar la información concerniente a las cirugías de implantes mamarios se pudo constatar que la mamoplastia de aumento, es un procedimiento bastante seguro.

Aun así, señala dicha página, que ocasionalmente los implantes se pueden romper o producir filtraciones, debido a traumatismos, compresión fuerte o el propio desgaste del implante por el roce con el seno. Si el implante tiene en su interior solución salina esta será reabsorbida por el organismo sin complicaciones. Si el implante es de gel de silicona, éste puede quedar contenido por la cápsula del implante. Cualquier ruptura del implante requiere la remoción y cambio de este. Es por esta razón que es fundamental el seguimiento con su cirujano de cabecera.

En este punto resulta importante diferenciar entre los actuales implantes de gel cohesivo o suero salino y los antiguos implantes de aceite de silicona, los cuales deben ser cambiados como máximo a los 10 años. Esto se debe a que las prótesis de aceite de silicona al romperse, llevan a que el aceite de silicona se derrame dentro de la cápsula (cavidad que rodea el implante) o fuera de ella.

En este sentido la American Society of Plastic Surgeons⁶⁸, señala que el cirujano plástico y/o su personal explicarán en detalle los riesgos asociados con la intervención quirúrgica, luego de lo cual le pide a la paciente firmar el respectivo formulario de consentimiento informado a efectos de garantizar que comprende completamente el procedimiento al que se someterá y cualquier riesgo o complicaciones potenciales. En relación con el tema de riesgo, dicha sociedad es clara en señalar como posibles complicaciones previsibles en este tipo de intervenciones quirúrgicas, las siguientes:

- cicatrización desfavorable;
- hemorragia (hematoma);
- infección;
- mala cicatrización de las incisiones;
- cambios en la sensibilidad de los pezones o los pechos, temporales o permanentes;
- contracción capsular, que es la formación de tejido de cicatrización firme alrededor del implante;
- implante con pérdida o rotura;
- fruncimiento de la piel sobre el implante;
- complicaciones de la anestesia;
- acumulación de líquidos;
- coágulos de sangre;
- dolor, que puede persistir;
- trombosis venosa profunda, complicaciones cardíacas y pulmonares;
- posibilidad de cirugía de revisión.

Finalmente, aclara que los implantes no dañan la salud de los senos. En el análisis cuidadoso de estudios científicos realizados por grupos independientes como el Instituto de Medicina en Estados Unidos⁶⁹ no se han encontrado vínculos comprobados entre implantes mamarios y enfermedades autoinmunes u otras afecciones sistémicas.

Tras estas explicaciones, ha de inferirse que uno de los riesgos propios de la colocación de los implantes se encuentra que estos puedan presentar rotura y que ello pueda ocurrir ya sea por compresión, o incluso por el desgaste que el mismo implante sufre al permanecer más tiempo de lo adecuado en el cuerpo, pues debe anotarse que estos deben ser objeto de recambio si se quiere, o ser retirados en un tiempo prudencial, tal y como lo mencionaba la misma Sociedad Colombiana de Cirugía Estética, Plástica y Reconstructiva, no debe sobrepasar los 10 años.

Ante este panorama, y en tanto los implantes que tiene la accionante en sus pechos se encuentran al límite del tiempo alojados en su cuerpo, la posibilidad de que estos se hayan deteriorado, y/o que se rompan por cualquier compresión, no pasa de ser una situación previsible en este tipo de cirugías estéticas. Razón por la cual al no poder el juez de tutela entrar a probar de manera certera que la

⁶⁸ <https://www.plasticsurgery.org/cosmetic-procedures/>. Página consulta el 24 de agosto de 2017.

⁶⁹ Conocida como la National Academy of Medicine (NAM, por su sigla en inglés). <https://nam.edu/>

rotura del implante se produjo a consecuencia del examen de mamografía, y teniendo por el contrario, que esta situación es uno de los múltiples riesgos inherentes a este tipo de cirugías estéticas, no resulta viable otorgar el amparo constitucional solicitado.

Pero todo ello, obedece además, a que de los hechos narrados, así como de las pruebas obrantes en el plenario, la accionante no demostró de manera alguna que dicha situación haya comprometido su derecho a la salud, al punto que permita al juez constitucional intervenir con el fin de protegerlo. En el mismo sentido vale la pena citar la sentencia T-793 de 2010⁷⁰ en la cual esta Corte negó una tutela similar, en la que una accionante reclamaba de su EPS⁷¹ el cambio bilateral de sus implantes mamarios por presunta ruptura.

Por lo anterior, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali en el expediente T-6.182.278 en cuanto negó la acción de tutela promovida por la señora *Isabel* contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud – S.O.S.-.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta en el expediente T-6.074.003, en tanto amparó los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida de la señora *Maria*.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia en el sentido de **ORDENAR** a la E.P.S. SANITAS que en el término de cuarenta (48) horas contadas a partir de la comunicación del presente fallo, proceda a generar las autorizaciones médicas que permita que la accionante sea asistida por un equipo multidisciplinario de profesionales de la salud, para que con apoyo en todos los procedimientos, servicios médicos y medicamentos pertinentes, se pueda impartir una atención integral que pueda hacer frente de la mejor manera posible, al problema de la alogenosis iatrogénica y de todas las complicaciones médico funcionales derivadas de esta patología, todo ello, con el único fin de procurar el restablecimiento de su salud y de su vida en condiciones de dignidad.

TERCERO.- En la medida en que varios de los procedimientos que deban realizarse con ocasión de la atención requerida por la accionante, se encuentran expresamente excluidos del plan de beneficios en salud, la EPS SANITAS podrá recobrar ante la Administradora de los Recursos del

⁷⁰ Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. En dicha oportunidad, la accionante se había practicado una cirugía de mamoplastia de aumento unos 5 años atrás, momento para el cual actuó sin consultar a su EPS y con cargo a sus propios recursos. Revisada la legislación vigente al momento de dicha sentencia, y atendiendo el entorno fáctico del caso, la Corte negó el amparo solicitado, advirtiendo que se trataba de una reintervención con fines estéticos, siendo ese, un clásico caso de procedimientos médicos expresamente excluidos del POS. Se explicó igualmente, que la rotura de los implantes era un riesgo inherente a ese tipo de cirugías. Finalmente, se señaló que en ningún momento la accionante insinuó que su situación económica hubiese variado de tal manera que no pudiese asumir el costo de la nueva intervención quirúrgica que reclama.

⁷¹ En dicha acción de tutela la entidad accionada fue la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.-.

Sistema General de Seguridad Social en Salud. –ADRES-, la totalidad de los gastos en que debió incurrir respecto de los servicios médicos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud –PBS-.

CUARTO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali en el expediente T-6.182.278 en cuanto negó la acción de tutela promovida por la señora *Isabel* contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud –S.O.S.-.

QUINTO.- ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de guardar estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de las accionantes.

SEXTO.- LIBRAR por Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

III. NORMATIVA

IV. DECRETOS

Decreto 1848 de 2017

Por el cual se adiciona la Sección 2 al Capítulo 4 del Título 2 de la parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social en relación con el Sistema de Habilitación de las Entidades Promotoras de Salud Indígenas - EPSI, aplicables durante el periodo de transición al Sistema Indígena de Salud Propia e Intercultural - SISPI- y se dictan otras disposiciones

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el parágrafo del artículo 180 de la Ley 100 de 1993, y en desarrollo del numeral 1 del artículo 25 de la Ley 21 de 1991, los artículos 180 y 181 literal g) de la Ley 100 de 1993, el artículo 14 de la Ley 691 de 2001, la Ley 1751 de 2015, los artículos 113, 116 y 267 de la Ley 1753 de 2015 y el literal c) numeral 4 del acápite Ministerio de la Protección Social, componente Acuerdos con los pueblos Indígenas, del Anexo IV.C.1-1 de la Ley 1450 de 2011 y,

CONSIDERANDO

Que la Constitución Política en sus artículos 7, 8 y 70 reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, dispone la obligatoriedad del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, y establece que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad, reconociendo la igualdad y dignidad de todas las personas que viven en el país.

Que el Estado Colombiano ha suscrito diversos convenios y declaraciones de carácter internacional, entre ellos el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, adoptado mediante la Ley 21 de 1991, en el cual se adoptan una serie de medidas de protección a los pueblos Indígenas, entre ellos los procesos de participación, la consulta previa y el respeto a su cosmovisión.

Que adicionalmente, la Resolución V "Salud de los Pueblos Indígenas", aprobada por la XXXVII Reunión del Consejo Directivo de la OPS, el 28 de septiembre de 1993, donde exhortan a los países miembros a extender los beneficios de los regímenes de seguridad social a los pueblos Indígenas; de igual manera, comprometen su responsabilidad en la protección de la vida, el reconocimiento y respeto a la libre autodeterminación de los pueblos Indígenas en asumir el control y desarrollo integral de sus propias instituciones y formas de vida, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones.

Que en Colombia habitan pueblos Indígenas de distintos orígenes étnicos, en diferentes circunstancias de orden económico, social, cultural, geográfico y poblacional, que requieren de una constante, eficaz y oportuna prestación de servicios de salud, que responda a las necesidades socioculturales de cada pueblo.

Que para los pueblos Indígenas la salud es un estado de armonía y equilibrio que responde a la colectividad e integralidad de su cosmovisión y depende de las relaciones entre las personas, la comunidad y la naturaleza.

Que la medicina Indígena comprende los conocimientos, saberes, prácticas, rituales, conceptos, recursos y procesos de salud integral, que ancestralmente han desarrollado los pueblos Indígenas como modelo de vida colectiva, enmarcadas dentro de la cosmovisión de cada pueblo, los cuales deben ser tenidos en cuenta para la formulación de los planes, programas y proyectos de salud dirigidos a los pueblos Indígenas, según el plan de vida de cada pueblo.

Que por su parte, el artículo 14 de la Ley 691 de 2001, establece que las autoridades de los pueblos Indígenas podrán crear Administradoras Indígenas de Salud (ARSI), para administrar los subsidios de los pueblos Indígenas, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, y la autorización de la Superintendencia Nacional de Salud para operar como Entidades Promotoras de Salud, en los términos del literal g) del artículo 181 de la Ley 100 de 1993.

Que mediante Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, se recopilaron las normas reglamentarias del Sector, entre las que se encuentra: i) el Decreto 330 de 2001, que contiene disposiciones para la constitución y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud Indígenas -EPSI- conformadas por cabildos y/o autoridades tradicionales Indígenas y que fue actualizada en algunos aspectos por la Ley 691 del 2001, mediante la cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que establece respecto de las Administradoras Indígenas de Salud (ARSI), algunas facultades y requisitos para operar, relacionados con el número mínimo de afiliados y el patrimonio mínimo; ii) el Decreto 515 de 2004, que define el Sistema de Habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado aplicable a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas; y iii) el Decreto 4127 de 2005 que define el número mínimo de afiliados que deben acreditar las ARS o EPS Indígenas.

Que el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1753 de 2015 en sus artículos 113 y 116, dispone la protección de los derechos constitucionales de los Pueblos Indígenas, así como el seguimiento a políticas para los pueblos Indígenas; y los literales I, m y n, artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, establecieron los principios de interculturalidad, protección a las pueblos y comunidades Indígenas.

Que mediante el Decreto 1953 de 2014, se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas, respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos Indígenas, Sistema Indígena de Salud Propia e Intercultural - SISPI-, hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política, lo que supone, entre otras, la atribución de competencias en materia de salud y el otorgamiento de los recursos necesarios para ejercerlas de manera directa.

Que el artículo 88 ibídem, determina como transitoriedad que el SISPI se implementara gradualmente de acuerdo con la iniciativa y dinámica de cada Territorio Indígena y, hasta tanto esto ocurra, el SGSSS garantizará el cuidado de salud de los pueblos Indígenas a través de las instituciones de salud Indígenas y no Indígenas que operan al momento de la expedición de dicho decreto.

Que el artículo 2.5.2.4.4 del citado Decreto 780 de 2016, incorpora el artículo 4 del Decreto 330 de 2001 que determina el Capital Social que deberán acreditar las Entidades Promotoras de Salud - EPS Indígenas, para ser autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud y afiliar a beneficiarios del régimen subsidiado.

Que posteriormente, con la expedición de la Ley 691 de 18 de septiembre de 2001, se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia y en relación a la administración de los subsidios se determina al tenor del literal c) del artículo 14, que las Administradoras Indígenas de Salud -ARSI podrán administrar los subsidios de los Pueblos Indígenas, previa autorización y cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley debiendo "c) Disponer de un patrimonio mínimo equivalente al valor de ciento cincuenta (150) smlmv (salarios mínimos legales mensuales vigentes) por cada cinco mil (5.000) subsidios administrados".

Que se celebraron sendas reuniones con las organizaciones de los pueblos Indígenas con el fin de surtir el procedimiento de consulta y concertación, todo lo cual concluyó en la protocolización de lo aquí dispuesto, en Sesión No. 1 de 2016 de la Mesa Permanente de Concertación con Pueblos y Organizaciones Indígenas, realizada entre el 17 y 19 de julio de 2016.

Que en virtud de lo anterior, resulta procedente establecer un sistema de habilitación especial para las EPS Indígenas, que comprenda el conjunto de requisitos y procedimientos que determinen las condiciones administrativas, científicas, técnicas, culturales y financieras, para garantizar el acceso a los servicios de salud con enfoque diferencial a sus afiliados, atendiendo a las particularidades socioculturales y geográficas de los pueblos Indígenas.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO 1. Adíjonese la Sección 2 al Capítulo 4 del Título 2 de la parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, la cual quedara así:

Sección 2. Sistema de Habilitación de las Entidades Promotoras de Salud Indígenas - EPSI

Subsección 1. Sistema de Habilitación

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.1 Objeto y ámbito de aplicación. La presente sección establece los requisitos de habilitación para las Entidades Promotoras de Salud Indígenas -EPSI-, aplicables durante el periodo de transición al Sistema Indígena de Salud Propia e Intercultural -SISPI-.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.2. Sistema de Habilitación de las EPS Indígenas. El sistema de habilitación comprende el conjunto de requisitos y procedimientos de carácter especial que determinan las condiciones administrativas, científicas, técnicas, culturales y financieras, para garantizar el acceso a los servicios de salud con enfoque diferencial, a los afiliados de las EPS Indígenas.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.3. Requisitos de constitución y funcionamiento. Las EPS Indígenas creadas en el marco del Decreto 1088 de 1993, la Ley 691 de 2001 y demás disposiciones

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

concordantes, y aquellas que pretendan operar el régimen subsidiado con sujeción a las citadas normas, podrán hacerlo siempre y cuando acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente decreto, el Decreto 330 de 2001, las Leyes 691 de 2001, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.4. Requisitos de habilitación de las EPS Indígenas. Son aquellas condiciones mínimas para la operación y permanencia de las EPS Indígenas, que permiten garantizar la gestión del riesgo en salud de sus afiliados y la organización de la prestación de los servicios de salud en todos los niveles de atención, atendiendo a las particularidades socioculturales y geográficas de los pueblos Indígenas.

Estos requisitos de habilitación se dividen a su vez en condiciones de:

1. Operación: Son las condiciones necesarias para determinar la capacidad de las EPS Indígenas para la gestión del riesgo en salud en cada una de las áreas geográficas donde vayan a operar.
2. Permanencia: Son las condiciones necesarias para que el funcionamiento de las EPS Indígenas en desarrollo de su objeto social y respecto de cada una de las áreas geográficas que le fueron habilitadas, se ajuste a las condiciones de operación.

El cumplimiento de estos requisitos y condiciones se deberá demostrar y mantener durante el tiempo de funcionamiento de la EPS Indígena.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.5. Condiciones para la habilitación. Las condiciones de operación y de permanencia incluyen respectivamente la capacidad técnico- administrativa, financiera, tecnológica y científica, las cuales para efectos de lo aquí dispuesto, se definen de la siguiente manera:

1. **Condiciones de capacidad técnico-administrativa.** Son el conjunto de requisitos relacionados con la organización administrativa y del sistema de información de la respectiva entidad, así como los procesos para el cumplimiento de sus responsabilidades en mercadeo, información y educación al afiliado, afiliación y registro en cada área geográfica donde opere.
2. **Condiciones de capacidad financiera.** Son los requisitos establecidos para acreditar la capacidad financiera y de solvencia necesaria que garantice la operación y permanencia de las EPS Indígenas.
3. **Condiciones de capacidad tecnológica y científica.** Son aquellos requisitos indispensables para la gestión del riesgo en salud de las EPS Indígenas, la organización de su red de prestadores de servicios y la prestación del plan de beneficios en cada una de las áreas geográficas donde operen, de acuerdo con las condiciones socioculturales, geográficas y poblacionales de los pueblos Indígenas.

Subsección 2. Condiciones de operación

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.6. Capacidad técnico-administrativa. Las condiciones de capacidad técnico-administrativa deberán tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos:

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

1. La estructura organizacional en la cual se identifiquen con claridad las áreas que tienen bajo su responsabilidad, los procesos mediante los cuales se cumplen las funciones de afiliación, registro, organización, contratación de la prestación de los servicios del plan de beneficios en condiciones de calidad, gestión del riesgo y defensa de los derechos del afiliado por cada área geográfica y fortalecimiento de la medicina tradicional y/o de los saberes ancestrales.

En la estructura organizacional se deberán reportar las novedades y se identificarán específicamente los responsables de los siguientes procesos:

- Procesos de apoyo organizativo, sociocultural y de fortalecimiento de la medicina tradicional u otros componentes del SISPI.
- Procesos de afiliación y administración de base de datos.
- Procesos de conformación de la red de prestadores.
- Procesos de garantía del plan de beneficios.
- Procesos de atención al afiliado y evaluación de servicios.
- Procesos de gestión financiera, contable y de cartera.
- Procesos de gestión del riesgo.

2. El diseño, diagramación, documentación y aprobación de los siguientes manuales:

- Procesos y procedimientos para la afiliación y registro de los afiliados.
- Adecuación sociocultural y fortalecimiento de la medicina tradicional, saberes ancestrales u otros componentes del SISPI.
- Atención al ciudadano y solución de reclamaciones y sugerencias de los afiliados dentro de los mecanismos definidos por las autoridades tradicionales Indígenas.
- Gestión del riesgo.
- Evaluación de la calidad del aseguramiento y del sistema de garantía de calidad en la prestación de servicios de salud.
- Autorización y pago de servicios de salud a la red de prestadores.

3. El diseño, diagramación, documentación y aprobación de los manuales del sistema de garantía de calidad de los procesos técnico-administrativos y de aseguramiento, bajo el esquema de adecuación sociocultural definido por las autoridades tradicionales Indígenas.

La demostración de los requisitos 1, 2 y 3 del presente artículo se realizara mediante la presentación de los siguientes documentos:

- Organigrama.
- Mapa de procesos.
- Manuales de procesos y procedimientos.
- Manuales de funciones.
- Solicitudes de las comunidades Indígenas interesadas en afiliarse colectivamente en las EPS Indígenas.
- Guía para la concertación de las estrategias y acciones en salud con las autoridades Indígenas de los pueblos donde la EPS Indígena opera.
- Actas de asambleas comunitarias donde se expliquen los planes de beneficios, deberes y derechos de la población afiliada, de acuerdo a las particularidades de cada EPS indígena.
- Documento remisorio a la Superintendencia Nacional de Salud de la novedad correspondiente.

Cualquier novedad ocurrida en los procesos anteriormente mencionados, se debe reportar de forma veraz y oportuna ante la Superintendencia Nacional de Salud, so pena de las sanciones a que haya lugar por tal incumplimiento. Igualmente deberá reportarla a las autoridades y organizaciones Indígenas donde opera.

4. El diseño y plan operativo para la puesta en funcionamiento de un sistema de información que demuestre la confiabilidad y seguridad del registro, captura, transmisión, validación, consolidación, reporte y análisis de los datos de los afiliados, incluidos los procedimientos de verificación de multiafiliados; los recursos recibidos por concepto de la unidad de pago por capitación: la red de prestadores de servicios de salud; la prestación y autorización de servicios; la gestión del riesgo en salud; el sistema de calidad con indicadores en la prestación de servicios de salud; el registro de las actividades de protección específica, detección temprana y la aplicación de las Guías de Atención Integral para las enfermedades de interés en salud pública de obligatorio cumplimiento; y la información financiera, contable y de cartera.

Adicionalmente el sistema de información deberá permitir que se determinen las condiciones geográficas, etarias, de género y de salud de la población afiliada, las frecuencias de uso y el cálculo del riesgo de enfermedad.

La demostración de este estándar se realizara anualmente, mediante la presentación del documento que certifique todas las características del sistema de información anteriormente mencionadas.

5. La ausencia de inhabilidades e incompatibilidades por parte de los miembros de las juntas directivas u organismos directivos y de los representantes legales de las EPS Indígenas, lo cual se

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

demonstrará semestralmente mediante declaración privada de los integrantes de la junta directiva, consejos y representantes legales, escrita y bajo la gravedad de juramento, en la que conste que no están incursos en ninguna de las siguientes inhabilidades e incompatibilidades consagradas en el Decreto-Ley 973 de 1994, el Decreto 1804 de 1999 y demás normas aplicables.

6. Acreditar la existencia de mecanismos de reembolso a los afiliados, cuando estos hayan asumido costos de atención, en los términos de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud y Protección Social o la norma que la modifique o sustituya.

7. El sistema de comunicación y atención eficiente para que los afiliados no Indígenas conozcan el valor de los pagos moderadores y demás pagos compartidos, o su exoneración cuando corresponda, lo cual deberá demostrarse anualmente, mediante la presentación de los mecanismos de divulgación amplios y suficientes utilizados para dar a conocer tal información.

8. Acreditar la publicidad y entrega al afiliado de la carta de derechos y deberes, que a su vez informe la red de prestadores de servicios de salud, adecuando estrategias que permitan a los afiliados el pleno conocimiento de estos aspectos.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.7. Capacidad financiera. Las EPS Indígenas deberán tener en cuenta el margen de solvencia conforme a los artículos 2.5.2.4.1.1, 2.5.2.4.1.2. y 2.5.2.4.1.3 del presente Decreto, y las disposiciones que para el efecto determine la Superintendencia Nacional de Salud, así como un patrimonio mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la entidad, de acuerdo con el Régimen de Contabilidad Pública y según lo establecido en las disposiciones vigentes, especialmente lo ordenado en la Ley 691 del 2001.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las EPS Indígenas deberán realizar una gestión técnica de los riesgos inherentes a su actividad, que les permita contar con la capacidad de atender sus obligaciones.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.8. Capacidad tecnológica y científica. Las condiciones en materia de capacidad tecnológica y científica, deberán tener en cuenta, como mínimo, las siguientes:

1. El diseño, documentación y aprobación de los manuales de procesos y procedimientos para la planeación y prestación de los servicios de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, respetando las formas propias del cuidado de la salud, que incluyan las atenciones de la medicina occidental, la medicina alternativa y la medicina tradicional Indígena, teniendo en cuenta los mandatos de las comunidades a sus directivas y la caracterización de la población afiliada que incluya variables socioculturales; según las directrices del Ministerio de Salud y Protección Social.

2. El diseño, documentación y aprobación de los mecanismos y procedimientos de contratación y de pago a los prestadores, que garanticen el equilibrio contractual, la calidad y el acceso a los servicios.

3. El diseño, documentación y aprobación de los manuales de procesos y procedimientos de referencia y contra referencia de pacientes.

4. Acreditar la contratación de una red de prestación de servicios en los diferentes niveles de complejidad habilitada, verificando su integralidad y la continuidad de la atención y la garantía de la portabilidad nacional a toda la población afiliada, de conformidad con las normas vigentes. En los procesos de contratación se dará prioridad o preferencia a las IPS Indígenas, y su tratamiento será conforme a los artículos 2.3.1.5 y 2.5.1.1.2 del presente Decreto, o la norma que lo modifique o sustituya.
5. Acreditar la atención de las enfermedades de alto costo, a través de la contratación del reaseguro directa o colectivamente, en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007 y las normas reglamentarias.
6. Acreditar la conformación de un Comité Técnico Científico, el cual funcionara en la sede principal de cada EPS Indígena.
7. Los instrumentos, procesos y procedimientos para la evaluación y seguimiento de los indicadores y las variables que alimentan la Nota Técnica del Plan de Beneficios.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la EPS Indígena deberá realizar una gestión técnica de los riesgos inherentes a su actividad, que les permita contar con la capacidad de atender sus obligaciones.

Subsección 3. Condiciones de permanencia.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.9. *Condiciones de capacidad técnico-administrativa.* Para su permanencia, las EPS Indígenas deberán demostrar, como mínimo, las siguientes condiciones técnico-administrativas:

1. La implementación, ejecución, cumplimiento y actualización permanente de las condiciones técnico-administrativas de operación, de que trata la subsección anterior.
2. La entrega en forma oportuna, veraz y consistente, de los reportes de información requerida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y las autoridades Indígenas que la requieran.
3. La implementación y funcionamiento de los procesos y procedimientos que garanticen el cumplimiento de las condiciones contractuales y los pagos acordados con los prestadores.
4. El cumplimiento del número mínimo de afiliados exigidos y el porcentaje de población Indígena establecido en el literal b) del artículo 14 de la Ley 691 de 2001, el artículo 2.5.2.4.5 del presente decreto y las normas que los modifiquen o sustituyan.
5. La puesta en funcionamiento de los mecanismos que permitan la participación social y comunitaria de la comunidad afiliada en la gestión de servicios de salud de las EPS Indígenas.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.10. Condiciones de capacidad financiera. Para su permanencia, las EPS Indígenas deberán demostrar las condiciones financieras que dieron lugar a la habilitación para operar, mediante el cumplimiento, como mínimo, de las siguientes obligaciones:

1. **Estados Financieros.** Presentar dentro de los plazos y términos establecidos por la Superintendencia Nacional de Salud los estados financieros, debidamente certificados y dictaminados por el revisor fiscal y de conformidad con el Régimen de Contabilidad Pública expedido por la Contaduría General de la Nación y la Circular Única de la Superintendencia Nacional de Salud.
2. **Patrimonio Mínimo.** Disponer de un patrimonio mínimo equivalente al valor de ciento cincuenta (150) SMLMV (salarios mínimos legales mensuales vigentes) por cada cinco mil (5.000) subsidios administrados.

A partir de la entrada en vigencia de las disposiciones aquí previstas no se podrá exigir un patrimonio mínimo superior a siete mil (7.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y, a más tardar el 31 de diciembre de 2021, el límite será de diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo anterior sin perjuicio de que la EPS Indígena decida tener un patrimonio mayor.

Para efectos del cálculo del patrimonio mínimo a que se refiere el presente artículo, los bienes que se aporten en especie solamente se computaran hasta por un valor que en ningún caso podrá superar el cincuenta por ciento (50%) del patrimonio mínimo exigido.

3. **Margen de Solvencia.** Acreditar y mantener el margen de solvencia, conforme a los artículos 2.5.2.4.1.1 al 2.5.2.4.1.3 del presente decreto, la Circular Única expedida por la Superintendencia Nacional de Salud y las disposiciones que para el efecto determine esa Entidad.

Para el cálculo del margen de solvencia de las EPS Indígenas, se tendrá en cuenta que los valores entregados como anticipo por concepto de pago de la prestación de servicios de salud en los términos establecidos en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, deberán registrarse disminuyendo el valor de la obligación por facturación al cobro.

4. **Reserva Técnica y registro de obligaciones.** Las Entidades Promotoras de Salud Indígenas, deberán constituir mensualmente y mantener la reserva técnica para autorización de servicios y registrar como obligación el 100% del valor de las facturas radicadas por servicios cobrados, de conformidad con las siguientes reglas:

4.1 **Reserva técnica para autorizaciones de servicio o provisión.** Corresponde al valor de las autorizaciones expedidas y no cobradas y de obligaciones generadas sobre hechos conocidos por cualquier medio que puedan potencialmente generar una obligación relacionada con los servicios del Plan de Beneficios.

La reserva técnica por servicios autorizados se debe mantener hasta por un plazo de cinco (5) meses, fecha a partir de la cual se desmontara la provisión o reserva en caso de no haber sido radicada la correspondiente factura o cuenta de cobro.

La obligación por servicios cobrados se debe mantener hasta que se extinga la obligación de pago.

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

4.2 Registro de las obligaciones por servicios cobrados. En el momento en que se presenten facturas al cobro, las EPS Indígenas deberán registrar como obligación el 100% del monto cobrado, liberando el valor correspondiente a la reserva del servicio autorizado, si esta se ha constituido respecto del servicio facturado. La obligación constituida se liberara una vez se extinga la obligación correspondiente a la factura.

En el caso de contratos por capitación, la EPS Indígena deberá registrar mensualmente la obligación por el valor equivalente a un mes de vigencia del contrato. Los pagos se deben efectuar de acuerdo con la normatividad vigente con cargo a la obligación constituida.

La Superintendencia Nacional de Salud para efectos de la inspección, vigilancia y control, instruirá sobre el registro contable de la Reserva Técnica y el registro de obligaciones con base en el Régimen de Contabilidad Pública expedido por la Contaduría General de la Nación.

6. Inversión de la Reserva Técnica y de las obligaciones sobre servicios cobrados. La Entidad Promotora de Salud Indígena EPS-I deberá invertir el valor de la reserva técnica y de las obligaciones por servicios cobrados en un monto igual al 100% del total de dichos conceptos en el mes calendario inmediatamente anterior, disminuido en el valor promedio del giro directo en los últimos seis meses.

La inversión de la reserva técnica y del valor de las obligaciones por servicios cobrados deberá ser realizada cumpliendo las siguientes características:

1. **Requisito general.** Las inversiones deben ser de la más alta liquidez y seguridad.
2. **Inversiones computables.** El portafolio computable como inversión de las reservas técnicas debe corresponder a:
 - a. Títulos de deuda pública interna emitidos o garantizados por la Nación o por el Banco de la República.
 - b. Títulos de renta fija emitidos, aceptados, garantizados o avalados por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, incluidos FOGAFIN y FOGACOOP.
 - c. Depósitos a la vista en entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, para este propósito se deducirán los descubiertos en cuenta corriente registrados en el pasivo de acuerdo con las normas contables aplicables.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.11. Condiciones de capacidad tecnológica y científica. Las EPS Indígenas deberán demostrar para su permanencia en cada una de las áreas geográficas en las cuales están habilitadas para operar, como mínimo, las siguientes condiciones:

1. La implementación y mantenimiento de la capacidad tecnológica y científica, acreditada para efectos de su operación.

2. El cumplimiento de las metas de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública, relacionadas con los resultados en salud priorizados con la entidad territorial departamental, y el cumplimiento de las metas de vacunación y de atención integral a la gestante y a los niños y niñas de 0 a 10 años, según las normas técnicas vigentes.

La verificación del cumplimiento de estas metas se realizará a partir de la información reportada en el registro de las actividades de protección específica, detección temprana, que para el efecto determine el Ministerio de Salud y Protección Social, y del acta de concertación de resultados en salud suscrita entre la EPS Indígena y la entidad territorial departamental.

3. La implementación y funcionamiento de los procesos y procedimientos para la gestión del riesgo en salud de sus afiliados.

4. La operación y adecuación de la red de prestadores de servicios de salud y del sistema de referencia y contra referencia, teniendo en cuenta los modelos de atención para la comunidad Indígena concertados y los perfiles epidemiológicos que incluyan variables socioculturales de la población afiliada.

5. La implementación del sistema de garantía de calidad en la prestación de los servicios incluidos en el plan de beneficios, dentro de las formas del cuidado integral de la salud.

Subsección 4. Disposiciones para la habilitación y cumplimiento de las condiciones de habilitación.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.12. Autorización de la operación y escogencia de la EPS Indígena. Con el fin de proteger la identidad étnica y cultural de los pueblos Indígenas y de garantizar el modelo de atención correspondiente, el ingreso de una EPS Indígena habilitada a un departamento donde tengan asentamiento comunidades Indígenas, se realizará previa solicitud de la comunidad Indígena conforme lo establece el artículo 17 de la Ley 691 de 2001.

Una vez surtido lo anterior, la EPS Indígena presentará el Acta de la Asamblea Comunitaria donde se exprese la voluntad de la comunidad Indígena, ante la Superintendencia Nacional de Salud para la respectiva habilitación en el departamento, de conformidad con los parámetros aquí establecidos, sin perjuicio de las competencias establecidas para los entes territoriales en la Ley 715 de 2001 y la Circular Externa 54 de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud, o las normas que las modifiquen o sustituyan.

En el ejercicio de concertación entre la EPS Indígena y la comunidad Indígena, deberá acordarse previamente la garantía del modelo de atención en salud propio e intercultural para la comunidad Indígena y su forma de participación en la prestación de los servicios de salud.

PARÁGRAFO . Para efectos de afiliar a la población Indígena desplazada, se tendrán en cuenta a las EPS Indígenas según las condiciones determinadas en el literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.13. Aseguramiento en salud de la población Indígena. Los procesos de identificación, afiliación y traslado de EPS de la población Indígena beneficiaria del Régimen Subsidiado en Salud, serán los definidos en la Ley 691 de 2001, los Acuerdos 326 de 2005 y 415 de 2009 del entonces Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la Circular 16 del 30 de diciembre de 2011 del Ministerio de Salud y Protección Social, y las normas que los modifiquen o sustituyan.

En todo caso la población Indígena afiliada no será excluida de la Base de Datos única de Afiliados - BDUA- por carecer de documentos de identificación Las EPS Indígenas y las entidades territoriales correspondientes, con fundamento en los listados censales reportados por las autoridades tradicionales respectivas, realizaran como mínimo una vez al año la depuración de los registros que se encuentren desactualizados en sus bases de datos, de conformidad con la normatividad vigente.

Subsección 5. Inspección, Vigilancia y Control.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.14. Inspección, Vigilancia y Control. La Superintendencia Nacional de Salud será la entidad competente para habilitar las EPS Indígenas y evaluar el cumplimiento de los requisitos de operación y permanencia definidos en el presente decreto, para lo cual realizara un monitoreo a cada una de las mismas como mínimo una vez al año.

En caso de verificarse deficiencias o irregularidades en el cumplimiento de dichos requisitos, la Superintendencia Nacional de Salud podrá condicionar la permanencia de la habilitación de las EPS Indígenas, al cumplimiento de Planes de Mejoramiento o de Desempeño o de Actividades, con el fin de que se ajusten a la totalidad de los requisitos mencionados, para lo cual contaran con la asistencia técnica del Ministerio de Salud y Protección Social.

Vencido el término de ejecución de los Planes de Mejoramiento o de Desempeño o de Actividades, sin que se haya evidenciado el cumplimiento de los requisitos, se podrá proceder a la revocatoria total o parcial de la habilitación, según sea el caso, de acuerdo con las facultades y procedimientos establecidos en las disposiciones vigentes y con plena observancia del debido proceso.

El proceso de inspección, vigilancia y control ejercido por la Superintendencia Nacional de Salud, deberá adecuarse socioculturalmente y articularse con la normatividad vigente en materia de salud para las EPS Indígenas.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.15. Revocatoria de la habilitación. La Superintendencia Nacional de Salud podrá revocar, total o parcialmente, la habilitación de las EPS Indígenas, conforme a las reglas definidas para el efecto en los artículos 16 y 17 del Decreto 515 de 2004, modificado por el Decreto 3556 de 2008 o la norma que lo modifique o sustituya.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.16. Capacitación. La Superintendencia Nacional de Salud programará anualmente capacitaciones sobre aspectos relacionados con la legislación de los pueblos Indígenas, en las cuales podrán participar sus propios funcionarios, los entes territoriales, las autoridades tradicionales indígenas, las EPS e IPS Indígenas y los servidores públicos que directa o indirectamente atiendan asuntos relacionados con las pueblos Indígenas.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.17. *Participación.* Las autoridades Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas - MPC- podrán realizar las actividades de seguimiento, verificación y exigencia a las EPS Indígenas creadas por ellas mismas, respecto del cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Sección, sin perjuicio del derecho que les asiste a los afiliados Indígenas de efectuar tales actividades de forma individual o a través de las asociaciones que constituyan para esos fines.

Subsección 6. Otras disposiciones.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.18. *Periodo mínimo de permanencia de los afiliados a las EPS Indígenas.* El periodo de permanencia de los afiliados a las EPS Indígenas será mínimo de 360 días, sin perjuicio de lo previsto en el Acuerdo 415 de 2009 del entonces Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la Circular No. 000016 del 30 de diciembre de 2011 del Ministerio de Salud y Protección Social y demás disposiciones vigentes que garantizan a los afiliados su derecho de traslado a otra EPS.

PARÁGRAFO . La libre elección, afiliación y traslado de comunidades Indígenas entre EPS Indígenas, se podrá realizar solamente a través de listados censales en los lugares donde estén habilitadas. Sin embargo, sus afiliados se podrán trasladar a otras EPS del Régimen Subsidiado, en caso de que no exista otra EPS Indígena que les garantice los servicios de salud en su territorio, sin perjuicio de la facultad otorgada a las autoridades Indígenas en el artículo 2.5.2.4.2.12 del presente decreto.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.19. *Comités Técnico- Científicos.* Cada EPS Indígena tendrá un Comité Técnico-Científico que sesionara en su sede principal. Para efectos de atender y decidir las peticiones de los afiliados a nivel nacional, los empleados del nivel regional de las EPS Indígenas, remitirán los documentos pertinentes. Estos Comités, operaran con base en lo establecido en la Resolución 1479 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, o la norma que la modifique, adicione o sustituya y demás disposiciones que les sean aplicables.

ARTÍCULO 2.5.2.4.2.20. *Asesoría.* El Ministerio de Salud y Protección Social elaborara programas anuales de asesoría, dirigidos a los entes territoriales, las EPS Indígenas y las autoridades Indígenas, que contengan todos los elementos técnicos que garanticen el cumplimiento de los requisitos de habilitación.

ARTÍCULO 2. TRANSITORIO. Las EPS Indígenas que a la fecha de entrada en vigencia del presente acto administrativo se encuentren operando, dispondrán de seis (6) meses para adecuarse a los requisitos aquí previstos, lo cual será objeto de verificación por la autoridad competente en los términos de la normativa vigente.

ARTÍCULO 3. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, adiciona la Sección 2 al Capítulo 4 del Título 2 de la parte 5 del Libro 2 y deroga el artículo 2.5.2.4.4 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

V. RESOLUCIONES

Resolución 4373 de 2017

Por la cual se establecen los términos y condiciones para el desarrollo de la operación de compra de cartera con cargo a los recursos administrados por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, en especial, de las conferidas en el parágrafo del artículo 9 de la Ley 1608 de 2013, el artículo 2.5.2.2.2.10 del Decreto 780 de 2016 y,

CONSIDERANDO

Que el artículo 41 del Decreto 4107 de 2011 creó dentro del Fondo de Solidad y Garantía (Fosyga), la Subcuenta de Garantías para la Salud con el objeto, entre otros, de generar liquidez a las instituciones del sector salud a fin de garantizar la continuidad en la prestación de servicios de salud, facultando a este ministerio para reglamentar los términos y condiciones que permita la administración de dicha Subcuenta.

Que el artículo 9 de la Ley 1608 de 2013 establece que los recursos asignados a esa Subcuenta, se podrán utilizar de manera para la compra de cartera reconocida a instituciones prestadoras de servicios de salud con entidades promotoras de salud, para tal efecto, este Ministerio reglamentará el procedimiento para implementar lo allí dispuesto.

Que el artículo 10 del Decreto 1681 de 2015, compilado en el artículo 2.5.2.2.2.10 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social concede a este Ministerio la facultad para definir los términos, objeto, condiciones, plazos, tasas, garantías exigidas y periodos de gracia para realizar las operaciones de compra de cartera.

Que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), fue creada mediante el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, entidad a la cual se asignó, entre otras funciones, la de desarrollar los mecanismos establecidos en los artículos 41 del Decreto ley 4107 de 2011 y 9 de la Ley 1608 de 2013.

Que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, al señalar la destinación de los recursos que administrará la ADRES, contempló en el segundo literal j), las finalidades señaladas en el artículo 9 de la Ley 1608 de 2013, gasto que se podrá destinar en operaciones de compra de cartera, siempre y cuando, en la respectiva vigencia se encuentre garantizada la financiación del aseguramiento en salud.

Que en razón al inicio de operación de la ADRES y con el fin de coordinar las gestiones a realizar entre este Ministerio y esa Entidad alrededor de la compra de cartera, se hace necesario establecer los términos y condiciones para el desarrollo de esta a favor de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS, con cargo a los recursos administrados por la ADRES.

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Artículo 1. Objeto. La presente resolución tiene por objeto establecer el procedimiento, los criterios, condiciones y plazos para la compra de cartera a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), con cargo a los recursos administrados por la ADRES y su posterior pago por parte de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y las Cajas de Compensación Familiar (CCF) que administren este último régimen.

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a las IPS de naturaleza pública debidamente habilitadas y registradas en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud; a las IPS privadas o mixtas, debidamente habilitadas y que tengan más de cincuenta (50) camas en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud; a las EPS de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y a las CCF que administren este último régimen y a la ADRES.

Parágrafo 1. No podrán acogerse a lo aquí dispuesto las EPS de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y las CCF que administren este último régimen, que al momento de presentación de la solicitud de compra de cartera se encuentren incursas en una medida administrativa de intervención forzosa para liquidar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud o que hayan solicitado su retiro voluntario de la operación del aseguramiento. Tampoco podrán acogerse a lo aquí dispuesto las IPS que tengan vínculo de propiedad entre las EPS y/o CCF deudora.

Parágrafo 2. Aquellas EPS o CCF que se encuentren incumpliendo los indicadores de permanencia establecidos en los artículos 2.5.2.2.1.5, 2.5.2.2.1.7, 2.5.2.2.1.9, 2.5.2.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 y que son publicados por la Superintendencia Nacional de Salud en su último “*Informe de Seguimiento Indicadores Financieros de Permanencia para EPS*”, podrán presentar solicitud, pero será puesta a consideración de la instancia interna, definida por este Ministerio, con el objeto de que se profiera recomendación sobre la operación de compra de cartera.

Artículo 3. Apertura operación compra de cartera. Este Ministerio una vez haya evaluado la garantía de la financiación del aseguramiento en salud para la vigencia respectiva, establecerá si es viable realizar una operación de compra de cartera, su monto y fecha de apertura para la recepción de solicitudes.

La ADRES definirá los plazos de la operación de compra de cartera y los publicará en su página web.

Artículo 4. Criterios para la evaluación de las solicitudes de compra de cartera. Para la evaluación de las solicitudes de compra de cartera, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La disponibilidad de recursos para la compra de cartera en el presupuesto de la Unidad de Recursos Administrados – URA de la ADRES.

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

2. En la autorización de las operaciones y de existir limitación de recursos, se tendrá en cuenta, en primer lugar, a los prestadores de servicios de salud públicos, mixtos y fundaciones; en segundo lugar, a los privados que tengan habilitados servicios de urgencias de alta complejidad y, finalmente, a los prestadores que remitan el compromiso de pago suscrito en las mesas de saneamiento organizadas por los departamentos o distritos en virtud de la Circular 030 Conjunta suscrita por el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud.

La cartera a tener en cuenta será la de mayor antigüedad que se encuentre reconocida. No se tendrán en cuenta las facturas correspondientes a cartera menor a 60 días.

3. El valor máximo a aprobar por IPS no podrá ser superior al diez por ciento (10%) del valor determinado para la operación de compra de cartera. El valor mínimo de cada solicitud no podrá ser inferior a veinte millones de pesos (\$20.000.000) M/Cte.
4. El valor total de la compra de cartera originada en deudas de una misma EPS o CCF del Régimen Subsidiado o Contributivo, no podrá superar el equivalente al 8% y 10% de la estimación de las UPC que se le reconocerán en un año, por cada régimen, respectivamente. La estimación se establecerá con base en el promedio de los valores reconocidos en los seis (6) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para efectos de la aplicación de este criterio, cada operación se evaluará a partir del saldo por pagar de la respectiva EPS o CCF deudora.

Además, el valor total de la compra de cartera originada en deudas de una misma EPS o CCF del Régimen Subsidiado o Contributivo, no podrá ser superior al treinta por ciento (30%) del valor determinado para la operación.

5. La cartera objeto de compra deberá estar debidamente reconocida por la EPS o CCF deudora y no tener ningún tipo de glosa, observación, inconsistencia o rechazo por parte de esta. Adicionalmente, no deberá ser objeto de negocio jurídico alguno con terceros o estar siendo reconocida con otros recursos.
6. La IPS podrá presentar máximo dos solicitudes anuales por EPS, con un lapso mínimo de tres (3) meses entre una y otra.
7. El estudio de las solicitudes de compra de cartera que cumplan con la totalidad de los requisitos definidos en este acto administrativo se hará atendiendo el orden en que sea cargado exitosamente el archivo en el sistema.

Parágrafo: Para el caso de aquellas EPS o CCF que se encuentren incumpliendo los indicadores señalados en el parágrafo 2 del artículo 2 de la presente resolución, el valor total de la compra de cartera originada en deudas, no podrá ser superior al quince por ciento (15%) del valor determinado para la operación de compra de cartera.

Artículo 5. Procedimiento para la compra de cartera. La compra de cartera se realizará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

1. La IPS acreedora y la EPS o CCF deudora, determinarán el valor de la cartera que puede ser objeto de la operación de compra, la cual deberá ser reconocida por la entidad deudora. Las cuentas deberán corresponder a servicios incluidos en el Plan de Beneficios, prestados a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Una vez determinada y reconocida la cartera, esta deberá quedar consignada en un acta suscrita por las partes, la cual será soporte de la actualización de los registros en los estados financieros, en el evento de ser aprobada la operación de compra de cartera.

2. Reconocida la deuda, la IPS presentará solicitud a la EPS o CCF deudora, mediante el diligenciamiento del Anexo 1 "*Solicitud de compra de cartera*", el cual hace parte integral de la presente resolución. Este formulario, en forma física y original, deberá acompañarse del certificado de existencia y representación legal de la IPS, expedido con una antelación no superior a treinta (30) días a la fecha de presentación de la solicitud.
3. Los representantes legales de la EPS o CCF deudora y de la IPS acreedora, diligenciarán, adicionalmente, el Anexo 2 "*Formalización compra de cartera*", que hace parte integral de la presente resolución. Este formulario en forma física y original, deberá acompañarse del certificado de existencia y representación legal de la EPS o CCF deudora, expedido con una antelación no superior a treinta (30) días a la fecha de presentación de la solicitud. Mediante este formulario, la EPS o CCF deudora y la IPS acreedora, declararán que se acogen a los términos legales y reglamentarios definidos para la operación de compra de cartera

La EPS o CCF deudora deberá señalar en el formulario "*Formalización compra de cartera*" el plazo para el pago de la solicitud, el cual no podrá superar los doce (12) meses. Para las EPS o CCF que se encuentren incumpliendo los indicadores de permanencia de que trata el parágrafo 2 del artículo 2 de la presente resolución, solo podrá registrar un plazo de hasta seis (6) meses.

La EPS o CCF deudora remitirá en original el Anexo 3 de la presente resolución, "*pagaré*" y la "*carta de instrucciones*" debidamente suscritos.

4. Una vez establecidos los plazos para la radicación de solicitudes para la operación de compra de cartera, la EPS o CCF deudora deberá registrar la solicitud y cargar el detalle de facturación objeto de la compra en el aplicativo que para tal fin se disponga, de conformidad con el Anexo 4 "*Reporte de información de facturas de compra de cartera (FACO)*", que hace parte integral de la presente resolución.

Posteriormente al registro de que trata el presente numeral, la EPS o CCF deudora deberá presentar ante la Subdirección de Garantías de la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES, los formularios y documentos a que hacen referencia los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo para que se estudie la solicitud de compra de cartera.

5. Recibida la solicitud, la Subdirección de Garantías de la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES, verificará el cumplimiento de los requisitos previstos en esta resolución para la aprobación de la compra de cartera, emitiendo el informe de evaluación el cual será puesto a

consideración de la instancia interna definida por este Ministerio, con el objeto de que éste profiera recomendación sobre la operación de compra.

6. En caso de que la instancia interna definida por el Ministerio recomiende la aprobación de la compra de cartera, la ADRES, mediante acto administrativo, autorizará dicha operación y procederá al giro directo a la IPS, quien deberá realizar los correspondientes registros contables de cancelación de las cuentas por cobrar y remitir a la Subdirección de Garantías de la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES la certificación contable de cancelación de cuentas por cobrar con la EPS o CCF deudora, en el término máximo de dos (2) meses siguientes a la operación de compra.
7. De igual forma, la EPS o CCF realizará las operaciones contables de cancelación de las cuentas por pagar a las IPS y establecerá una cuenta por pagar a favor de la ADRES.

Parágrafo 1. En caso de que la solicitud de compra de cartera no cumpla los requisitos establecidos en la presente resolución, la Subdirección de Garantías de la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES devolverá la documentación presentada a la respectiva EPS o CCF deudora.

Parágrafo 2. Las solicitudes que no hayan sido aprobadas por insuficiencia de recursos serán devueltas sin que esto implique una exoneración a la EPS deudora en el pago oportuno de sus obligaciones a menos que la este Ministerio recomiende el aplazamiento de la solicitud para la siguiente operación.

Artículo 6. Condiciones de recuperación de los recursos. La operación de compra de cartera se realizará bajo las siguientes condiciones de recuperación de los recursos:

1. El valor de la cartera comprada se pagará por la EPS o CCF deudora, en cuotas fijas mensuales, de acuerdo con el plazo por ellas señalado, el cual no podrá superar los doce (12) meses, contados a partir de la fecha en que se efectúe el desembolso. La EPS o CCF podrá realizar abonos extraordinarios. Aquellas EPS o CCF que se encuentren incumpliendo los indicadores de permanencia solo podrán fijar un plazo de hasta seis (6) meses.
2. La ADRES descontará a la EPS o CCF deudora el valor tanto de las cuotas por pagar, como de los intereses que se causen desde el inicio de la operación, cuya deducción se efectuará de los dineros que se le reconozcan por concepto del proceso de giro y compensación, de recobros, de liquidación mensual de afiliados, a través del mecanismo de recaudo y giro creado en virtud del artículo 31 de la Ley 1438 de 2011, o de los recursos que a cualquier título le reconozca la ADRES.
3. La tasa de interés corresponderá al equivalente periodo vencido a la DTF vigente a la fecha en que se efectúe el desembolso de los recursos por parte de la ADRES, de conformidad con el cálculo realizado por el Banco de la República. La liquidación de los intereses se efectuará de forma mensual sobre el saldo de la cuenta por pagar a la ADRES por la compra de cartera. Cuando por el mecanismo de pago previsto en esta resolución, no fuere posible realizar el descuento a que haya lugar, se causarán intereses de mora, que se liquidarán a la tasa máxima legal permitida.

4. Cuando de forma posterior al desembolso la EPS o CCF deudora sea sujeto de una medida administrativa de intervención forzosa para liquidar o haya solicitado su retiro voluntario de la operación del aseguramiento en salud, se entenderá que renuncia al plazo otorgado y autoriza a la ADRES, para que declare exigible de inmediato la obligación y proceda al descuento de la misma en los términos del presente artículo.

En el evento en que no sea posible dicho descuento y la EPS o CCF deudora sea sujeto de una medida de intervención forzosa para liquidar, se hará efectivo el pagaré teniendo en cuenta que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por su naturaleza parafiscal, no hacen parte del respectivo proceso liquidatorio. Dichos recursos tendrán prelación, según lo ordenado en el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016.

Artículo 7. Vigencia y derogatoria. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las Resoluciones 3239 de 2013, modificada por las Resoluciones 5299 de 2013, 889, 3029, 5376 de 2014 y 805 de 2016 y la Resolución 2826 de 2015, modificada por las Resoluciones 3261 y 3169 del mismo año.

Ver anexos en www.minsalud.gov.co

VI. CONCEPTOS

Bogotá D.C.,

URGENTE

**Asunto: Solicitud concepto artículo 3 Decreto 1011 de 2006
Radicado 201742301805042**

Respetados señores:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual en el marco de lo dispuesto en el Decreto 1011 de 2006⁷², pregunta: “(...) es posible responsabilizar y/o acusar de manera excluyente del SOGCS a una IPS en particular de violar las características de Accesibilidad, Oportunidad y Seguridad a las que se describen en los numerales 1,2 y 3 del citado artículo. O si por el contrario, para considerar una violación a las citadas características de Accesibilidad, Oportunidad y Seguridad a las que se describen en los numerales 1,2 y 3 del decreto número 1011 de 2006, es imprescindible que se aluda a “el conjunto de instituciones, normas, requisitos, mecanismos y procesos deliberados y sistemáticos que desarrolla el sector salud.

En este orden de ideas, agradecemos si nos pueden dar claridad sobre cómo debe probarse una violación Artículo 3ro DECRETO NUMERO 1011 DE 2006 y quien o quienes serían los entes con las competencias para probar dicha violación”.

Al respecto, debe anotarse que con miras a dar respuesta a su consulta relacionada con la aplicación del artículo 3 del Decreto 1011 de 2006, ahora compilado en el artículo 2.5.1.2.1 del Decreto 780 de 2016⁷³, se solicitó concepto técnico a la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria de este Ministerio, quien mediante escrito con radicado No. 201723000238783, el cual nos fue allegado el pasado 27 de octubre, señaló:

“(…)

Respuesta:

Con el fin de contextualizar la solicitud efectuada es necesario traer a colación el contenido de la norma sobre la cual se requiere hacer claridad, esto es el Decreto 1011 de 2006 el cual fue compilado en el Decreto 780 de 2016 así:

Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SOGCS. Decreto 780 de 2016

Artículo 2.5.1.2.1 Características del SOGCS. Las acciones que desarrolle el SOGCS se orientarán a la mejora de los resultados de la atención en salud, centrados en el usuario, que van

⁷² Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

⁷³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

más allá de la verificación de la existencia de estructura o de la documentación de procesos los cuales solo constituyen prerequisito para alcanzar los mencionados resultados.

Para efectos de evaluar y mejorar la Calidad de la Atención de Salud, el SOGCS deberá cumplir con las siguientes características:

1. Accesibilidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de utilizar los servicios de salud que le garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2. Oportunidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud.

Esta característica se relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios.

3. Seguridad. Es el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propendan por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias.

4. Pertinencia. Es el grado en el cual los usuarios obtienen los servicios que requieren, con la mejor utilización de los recursos de acuerdo con la evidencia científica y sus efectos secundarios son menores que los beneficios potenciales.

5. Continuidad. Es el grado en el cual los usuarios reciben las intervenciones requeridas, mediante una secuencia lógica y racional de actividades, basada en el conocimiento científico.

(Art. 3 del Decreto 1011 de 2006)

Debe tenerse en cuenta que el Artículo 2.5.1.2.1 Características del SOGCS, indica que, “las acciones que desarrolle el SOGCS se orientarán a la mejora de los resultados de la atención en salud, centrados en el usuario, que van más allá de la verificación de la existencia de estructura o de la documentación de procesos los cuales solo constituyen prerequisito para alcanzar los mencionados resultados” (subrayas fuera de texto), queriendo esto significar que los componentes del SOGC tiene como eje central la atención en salud del usuario, restando importancia a las condiciones exógenas que se pongan en funcionamiento para lograr una adecuada atención en salud, **por ello cuando indica en su consulta que si “es imprescindible que se aluda a “el conjunto de instituciones, normas, requisitos, mecanismos y procesos deliberados y sistemáticos que desarrolla el sector salud”, la respuesta de manera inequívoca es no, no hay necesidad de que se aluda a estas.** (Negrita fuera de texto)

Aunado a lo anterior, la determinación de la violación de las características del SOGC, sólo es posible determinarse a través del **agotamiento del proceso administrativo sancionatorio que adelante la autoridad competente para ello**, y esta debe ceñirse al cumplimiento o agotamiento del debido proceso, lo que implica que la decisión que adopte deberá tener sustento en las pruebas legalmente allegadas y aportadas al proceso. (Artículo 2 ley 1437 de 2011)

Acorde con lo anterior, la competencia para realizar actividades de IVC está contemplada en el artículo 49 del Decreto 1011 de 2006, compilado en el Decreto 780 de 2016 artículo 2.5.1.7.1.

Artículo 2.5.1.7.1 Inspección, vigilancia y control del Sistema Único de Habilitación. La inspección, vigilancia y control del Sistema único de Habilitación, será responsabilidad de las

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

Direcciones Departamentales y Distritales de Salud, la cual se ejercerá mediante la realización de las visitas de verificación de que trata el artículo 2.5.1.3.2.15 del presente Título, correspondiendo a la Superintendencia Nacional de Salud, vigilar que las Entidades Territoriales de Salud ejerzan dichas funciones.

(Art. 49 del Decreto 1011 de 2006)"

Conforme a lo antes expuesto y con el fin de ahondar en la respuesta dada a su pregunta: “*cómo debe probarse una violación al artículo 3 Decreto 1011 de 2006 y quien o quienes serían los entes con las competencias para probar dicha violación*”, debe mencionarse, que es clara la competencia de las Direcciones departamentales y distritales de salud, para ejercer vigilancia y control frente a las disposiciones relativas al **Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SOGCS**, razón por la que en caso de incumplimiento, por parte de los diferentes prestadores de servicios de salud, dichas entidades se encuentran facultadas para imponer las sanciones a que haya lugar.

De otra parte, vale la pena observar que a la fecha no se ha establecido un procedimiento administrativo sancionatorio de carácter especial emanado de ley, para ser aplicado a aquellos Prestadores de Servicios de Salud, que incumplan con los requisitos establecidos en SOGCS, por lo que frente a la ausencia de regulación legislativa, se aplicará el procedimiento sancionatorio incorporado en el artículo 47⁷⁴ de la Ley 1437 de 2011⁷⁵.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁷⁶.

⁷⁴ (...) los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes. (...)".

⁷⁵ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁷⁶ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Bogotá D.C.,

URGENTE

Asunto: Pago de servicios de salud prestados por complicación de una cirugía plástica - Radicado 201742402175512

Respetada señora:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual pregunta a este Ministerio a cargo de qué entidad se encuentra el pago de los servicios de salud prestados por urgencias a raíz de una complicación en una cirugía plástica, la cual fue asumida por la usuaria, sin que se suscribiera una póliza de seguro. Al respecto, nos permitimos señalar:

En primer lugar y con el fin de dar respuesta a su requerimiento, vale la pena realizar las siguientes precisiones normativas:

Los numerales 7 y 8 del artículo 8 de la Resolución 6408 de 2016⁷⁷, definen la cirugía plástica, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 8. GLOSARIO. Para efectos de facilitar la aplicación y dar claridad al presente acto administrativo, se toman como referencia las siguientes definiciones, sin que estas se constituyan en coberturas o ampliación de las mismas dentro del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, así:

(...)

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

8. Cirugía plástica reparadora o funcional: Procedimiento quirúrgico que se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo.

(...)"

Entre tanto, el artículo 36⁷⁸ de la Resolución 6408 de 2016, frente a los tratamientos de carácter reconstructivo, determina que estos harán parte del Plan de Beneficios en Salud – PBS con cargo a la UPC, **cuando tengan una finalidad funcional** de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.

⁷⁷ Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

⁷⁸ **ARTÍCULO 36. TRATAMIENTOS RECONSTRUCTIVOS.** En el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el Anexo 2 “Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”, que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 132 ibídem, respecto a las tecnologías no financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación – UPC, dispone:

“ARTÍCULO 132. TECNOLOGÍAS NO FINANCIADAS CON CARGO A LA UPC. Sin perjuicio de las aclaraciones de cobertura del presente acto administrativo, en el contexto del Plan de Beneficios con cargo a la UPC deben entenderse como no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación, aquellas tecnologías que cumplan las siguientes condiciones:

(...)

5. Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de no financiación con recursos del SGSSS señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011”. (Negrilla y subrayas fuera de texto)

En este sentido, el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011⁷⁹, refiere a aquellas actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías que no se encuentran financiadas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, así:

“ARTÍCULO 154. PRESTACIONES NO FINANCIADAS POR EL SISTEMA. Son el conjunto de actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no podrán ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el listado que elabore la Comisión de Regulación en Salud –CRES-. Esta categoría incluye las prestaciones suntuarias, las exclusivamente cosméticas, las experimentales sin evidencia científica, aquellas que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano y las que no sean propias del ámbito de la salud. Los usos no autorizados por la autoridad competente en el caso de medicamentos y dispositivos continuarán por fuera del ámbito de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mientras el Gobierno Nacional no reglamente la materia, subsistirán las disposiciones reglamentarias vigentes”. (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, dispone:

“Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará 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 rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) 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;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;

(...)"

Conforme con lo expuesto y como quiera que en su escrito no es claro a qué tipo de cirugía hace

⁷⁹ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

mención, debe señalarse que en el caso de la cirugía plástica, esta puede perseguir dos propósitos distintos: El estético o cosmético cuando se busca embellecer el cuerpo, y el funcional o reconstructivo, que se práctica sobre órganos o tejidos con la finalidad de restaurar o reestablecer la función de los mismos, concluyendo que sólo este último se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud y por ende asumido por el SGSSS.

Sobre el particular, vale la pena traer en cita la Sentencia T - 579 de 2017, en donde la Corte Constitucional en el trámite de revisión de los fallos proferidos en primera y segunda instancia que resolvieron las acciones de tutela incoadas por María contra E.P.S. SANITAS y por Isabel contra Servicio Occidental de Salud –S.O.S.- E.P.S, al referirse a la regulación actual en torno a la cobertura o no de procedimientos quirúrgicos de carácter estético y/o funcional a la luz del principio de integralidad del servicio de salud, entre otros, indicó:

“(...)

Es entendible en consecuencia que las cirugías plásticas con fines meramente estéticos no pueden estar cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud (antes Plan Obligatorio de Salud), como en efecto así se contempla. Incluso en este tipo de cirugías plásticas, los efectos secundarios que de ellas se deriven tampoco se podrán asumir con cargo al PBS. Ciertamente, la norma se refiere a todos aquellos efectos previsibles de acuerdo a las técnicas utilizadas y los diferentes factores científicos y humanos que si bien puede ser calculados no se pueden prevenir.

En lo que refiere a las cirugías plásticas funcionales o reconstructivas, su realización podrá ser asumida por las EPS, siempre que se cuente con una orden médica que así lo requiera, prescrita por un profesional vinculado con la Entidad Promotora de Salud. Sobre el particular, esta Corte indicó en la sentencia T-392 de 2009⁸⁰ que “[Desde] un punto de vista científico una cirugía plástica reconstructiva tiene fines meramente ‘estéticos’ o ‘cosméticos’ cuando, ‘es realizada con la finalidad de cambiar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente’, mientras que, es reconstructiva con fines funcionales cuando ‘está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma’. La cirugía reconstructiva hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas.”

Aunado a lo anterior, habrá de tenerse en cuenta que **una cirugía será considerada como estética o funcional a partir de una valoración o dictamen científico debidamente soportado, y no en consideraciones administrativas o financieras de las EPS o las subjetivas del paciente que reclama la atención. Queda claro entonces, que las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del PBS, mientras que las reconstructivas o funcionales si entienden incluidas y a cargo de las EPS.**

Expuestos los anteriores argumentos, se entra en la discusión de si las reintervenciones plásticas también se encuentran excluidas de la atención en salud, cuando quiera que estas se soliciten con el fin de corregir efectos secundarios o complicaciones derivadas de previas cirugías estéticas o de embellecimiento.

En este punto, cabría señalar dos aspectos importantes. Por una parte, **resulta coherente tener por excluidas aquellas reintervenciones plásticas derivadas de una previa cirugía estética, cuando las complicaciones que se pretenden atender son consecuencias que fueron previsibles y contempladas científicamente desde un principio y que las mismas fueron explicadas al paciente al momento de su primera intervención quirúrgica.** Ciertamente, problemas de cicatrizaciones difíciles

⁸⁰ Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

o defectuosas, procesos inflamatorios o infecciosos, o la misma inconformidad del paciente con el resultado obtenido, no tendrían la posibilidad de ser asumidas con cargos a los recursos de la UPC.

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

El supuesto que se acaba de plantear corresponde al caso en que se encuentra severamente comprometida la funcionalidad de la parte del cuerpo que originalmente fue intervenida con fines netamente estéticos, pero cuyos complicaciones impactan gravemente su funcionalidad y la de otros órganos que no fueron objeto del tratamiento estético inicial, y que de no ser atendidos medicamente de manera oportuna y eficaz, podría llevar al compromiso serio de la salud o de la vida misma. (Negrita y subrayas fuera de texto)

(...)

En la medida en que varios de los procedimientos que deban realizarse con ocasión de la atención requerida por la accionante se encuentran expresamente excluidos del plan de beneficios en salud, la E.P.S. SANITAS podrá recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. –ADRES-, la totalidad de los gastos en que debió incurrir respecto de los servicios médicos no incluidos expresamente en el Plan de Beneficios en Salud –PBS-.

(...)"

Conforme con lo expuesto por la Corte Constitucional y frente a lo consultado, se tiene lo siguiente:

Las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del PBS, mientras que las reconstructivas o funcionales se entienden incluidas y a cargo de las EPS. Las complicaciones derivadas de la cirugía plástica estética, tampoco serán asumidas con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación, en la medida en la que se considere que sus consecuencias fueron previsibles y contempladas científicamente e informadas al paciente al momento de su intervención quirúrgica, caso en el cual los costos tanto de la cirugía como de sus complicaciones estarán a cargo del mismo.

No obstante, solo serán cubiertas por el SGSSS, las complicaciones derivadas de la cirugía plástica estética, cuando estas afecten de manera ostensible la funcionalidad de los órganos o tejidos inicialmente intervenidos o la de otros órganos que no fueron objeto de la cirugía inicial y que de no ser atendidos se compromete seriamente la salud o la vida misma del paciente, lo anterior en virtud de la aplicación de los principios pro homine⁸¹ y de integralidad⁸² del servicio de salud, de que trata la Ley 1751 de 2017, tal y como lo expresó la Corte Constitucional.

⁸¹ “*b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas”;*

⁸² “*Artículo 8º. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o*

En este caso, si el tratamiento y/o procedimiento se encuentra incluido en el Plan de Beneficios de Salud - PBS, estos estarán a cargo de la respectiva Entidad Promotora de Salud - EPS, ya sea del régimen contributivo o subsidiado de ser el caso, sin embargo, si los procedimientos se encuentran excluidos del PBS, la EPS del régimen contributivo, podrá recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. – ADRES y la Entidad Promotora de Salud del régimen subsidiado EPS – S, ante el respectivo ente territorial.

De otra parte, si la paciente no se encuentra afiliada al SGSSS y se somete a una cirugía plástica con fines estéticos, como ya se indicó, tanto el procedimiento como las complicaciones que se deriven del mismo, deberán ser sufragados con sus propios recursos, sin embargo, si se presenta la situación descrita por la Corte Constitucional en la Sentencia T - 579 de 2017, en donde se impacte gravemente la funcionalidad de los órganos o tejidos inicialmente intervenidos y la de otros órganos que no fueron objeto de la cirugía inicial y se demuestra la falta de capacidad de pago para cubrir el costo del procedimiento, su atención se asumirá como población pobre no cubierta con subsidios a la demanda con cargo a los recursos de la oferta de la respectiva entidad territorial donde tenga lugar la prestación de la atención, conforme a lo previsto en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, el cual reza:

“Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

(...)

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. (Negrita fuera de texto)

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

(...)”.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁸³.

financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

⁸³*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

Bogotá D.C.,

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado 201742302186422

Respetado señor:

Hemos recibido su comunicación, por medio de la cual consulta sobre el derecho que le asiste a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, de participar en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS y las Empresas Promotoras de Salud – EPS, toda vez que: “(...) la IPS que contrato la EPS ha manifestado verbalmente que va crear una asociación diferente a la ya existente por NO corresponder a la IPS contratada diferente a lo previsto en su norma estufaría que contempla defenderlos ante las Autoridades del Sistema de Seguridad Social”. Al respecto y a pesar que su consulta no es muy clara, se señala lo siguiente:

En primer lugar y frente al ejercicio del derecho de participación en salud, resulta imperioso traer a colación el artículo 40 de la Constitución Política, el cual consagra:

“ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

(...)

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

(...).” (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, en virtud de la participación que la Constitución confiere a la comunidad, es decir a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, en su momento fue expedido el Decreto 1757 de 1994⁸⁴, norma que en la actualidad se encuentra compilada en el Decreto 780 de 2016⁸⁵, el cual dispone en su artículo 2.10.1.1.9, que las instituciones del SGSSS, garantizarán la participación ciudadana, comunitaria y social en todos los ámbitos que corresponda, conforme a las disposiciones legales aplicables.

⁸⁴ por el cual se organizan y se establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 4 del Decreto-ley 1298 de 1994.

⁸⁵ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

En consecuencia y conforme lo prevé el último de los citados decretos en el artículo 2.10.1.1.10, fueron reguladas las alianzas o asociaciones de usuarios, así:

“Artículo 2.10.1.1.10. Alianzas o asociaciones de usuarios. La Alianza o Asociación de Usuarios es una agrupación de afiliados del régimen contributivo y subsidiado, del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que tienen derecho a utilizar unos servicios de salud, de acuerdo con su sistema de afiliación, que velarán por la calidad del servicio y la defensa del usuario.

Todas las personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud podrán participar en las instituciones del Sistema formando Asociaciones o alianzas de Usuarios que los representarán ante las instituciones prestadoras de servicios de salud y ante las Empresas Promotoras de Salud, del orden público, mixto y privado.

Parágrafo 1. Las instituciones prestadoras de servicios de salud, sean públicas, privadas o mixtas, deberán convocar a sus afiliados del régimen contributivo y subsidiado, para la constitución de Alianzas o Asociaciones de Usuarios.”

Así las cosas y en los términos que prevé la anterior transcripción normativa, tenemos que las alianzas o asociaciones de usuarios son agrupaciones integradas por los afiliados de los regímenes Contributivo y Subsidiado del SGSSS, que se conformaron con el fin de velar por la calidad del servicio y la defensa del usuario ante las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS y las Empresas Promotoras de Salud - EPS, del orden público, mixto y privado, imponiendo además a las EPS e IPS, el deber de convocar a los afiliados de dichos regímenes para que integren tales asociaciones.

De igual manera, son importantes las previsiones contenidas en los artículos 2.10.1.1.11 y 2.10.1.1.12, del citado Decreto 780, pues establecen:

“Artículo 2.10.1.1.11. Constitución de las asociaciones y alianzas de usuarios. Las Asociaciones de Usuarios se constituirán con un número plural de usuarios, de los convocados a la Asamblea de Constitución por la respectiva institución y podrán obtener su reconocimiento como tales por la autoridad competente, de acuerdo con las normas legales vigentes.

La Alianzas garantizarán el ingreso permanente de los diferentes usuarios.

Artículo 2.10.1.1.12. Representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios. Las alianzas o asociaciones de usuarios elegirán sus representantes en asamblea general, y entre los elegidos de estas si hubieren varias asociaciones o alianzas de usuarios, para períodos de dos (2) años. (...)" (Subrayado fuera de texto)

Tal y como se observa, en estos artículos se evidencia que existe una puerta abierta para el ingreso constante de integrantes a las alianzas o asociaciones de usuarios, como también, la posibilidad de que coexistan varias de estas agremiaciones al interior de una IPS o EPS.

En conclusión y en uso del derecho de participación del cual gozan los usuarios del SGSSS, se tiene no existe restricción que prohíba, que tanto en una EPS, como en una IPS, se formen independientemente una de la otra, una alianza o asociación de usuarios.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su Título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁸⁶.

⁸⁶ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Bogotá D.C.,

URGENTE

ASUNTO: Respuesta radicado 201742302193932 -

Respetada doctora Olga Lucía:

Hemos recibido su comunicación, por medio de la cual consulta a cerca de la elección del representante del sector científico de la salud ante la junta directiva de una Empresa Social del Estado – ESE, del nivel I de atención. Al respecto, se informa lo siguiente, en el mismo orden propuesto:

Pregunta 1:

“(...) indique cuantos representantes del sector salud deben ser elegidos uno (1) o dos (2) teniendo en cuenta que la ESEHOSPITAL SAN JUAN DE DIOS GALAN SANTANDER es de primer nivel”

Frente a este interrogante, es preciso traer a colación el artículo 70 de la Ley 1438 de 2011⁸⁷, el cual establece la conformación de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado – ESE, el nivel I de atención, así:

“Artículo 70. De la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

70.1 El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá.

70.2 El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

70.3 Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

⁸⁷ "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

Parágrafo 1°. Los representantes de los usuarios y de los servidores públicos de la entidad tendrán un periodo de dos (2) años y no podrán ser reelegidos para periodos consecutivos, ni podrán ser parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en más de dos ocasiones. En los municipios de 6^a categoría, los representantes de los usuarios y los empleados públicos tendrán un periodo de 4 años.

Parágrafo 2°. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel municipal que hagan parte de convenios o planes de desempeño suscritos o que se llegaren a suscribir entre el departamento y la Nación, tendrá además de los miembros ya definidos en el presente artículo, tendrán como miembro de la Junta Directiva al gobernador del departamento o su delegado.

Parágrafo 3°. Cuando en una sesión de Junta Directiva exista empate para la toma de decisiones, el mismo se resolverá con el voto de quien preside la Junta Directiva.” (Subrayado fuera de texto)

Tal y como se observa en el numeral 70.4 de la norma trascrita, en las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado – ESE del nivel 1 de atención, no se hace referencia al representante del estamento científico, pues dentro de su conformación encontramos 2 representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial; teniéndose que para el efecto debe ser elegido un representante por cada estamento.

Pregunta 2:

“En caso de señalar que por ser la ESE de primer nivel debe elegirse solo a un (1) representante del sector científico de la salud indicar si la convocatoria debe hacerse solo respecto de los profesionales de la salud vinculados laboralmente a la ESE o si por el contrario la convocatoria debe hacer no solo con los profesionales de la salud del área de influencia de la ESE.”

Frente al particular, debemos recurrir a lo previsto en el artículo 2.5.3.8.7.9, del Decreto 780 de 2016⁸⁸, norma que compiló las disposiciones contenidas en el Decreto 2993 de 2011⁸⁹, pues este determina quienes ostenta el derecho de elegir y ser elegido como representante de los empleados públicos, ya sean del área administrativa o asistencial, en los siguientes términos:

“Artículo 2.5.3.8.7.9. Participación para elegir y ser elegido. En el proceso de elección de los representantes de los empleados públicos del área administrativa y asistencial ante la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado, solo podrá participar, en cada caso, para elegir y ser elegido, el personal de planta de la entidad.”

Tal y como lo prevé la anterior transcripción normativa, es indispensable que los representantes de los empleados públicos ante la junta directiva de una ESE del nivel I de atención, formen parte de

⁸⁸ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

⁸⁹ Por el cual se establecen disposiciones relacionadas con la conformación y funcionamiento de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención y se dictan otras disposiciones.

la planta de personal de la entidad, lo que descarta de plano la posible convocatoria de los profesionales de la salud del área de influencia de la ESE.

Pregunta 3:

“Ahora bien si se señala que no es 1 sino si no son dos (2) los representantes del sector de la salud que debe elegirse solicitamos se indique si los dos representantes deben estar vinculados laboralmente a la ESE o por el contrario pueden elegirse Uno que esté vinculado laboralmente a la ESE y el otro de los candidatos de las ternas propuestas por cada una de las Asociaciones Científicas de las diferentes profesiones de la Salud que funcionen en el área de influencia de la Empresa Social del Estado.”

En cuanto a este último punto, se reitera que la norma que se aplica a la conformación de las ESE del nivel I de atención, es el artículo 70 de la Ley 1438 de 2011, la cual prevé que la junta directiva de una ESE, debe estar conformada por 2 representantes de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y otro asistencial, ambos pertenecientes a la planta de personal de la entidad.

El presente concepto tiene los efectos determinados en el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁹⁰.

⁹⁰ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Bogotá D.C.,

URGENTE

ASUNTO: Respuesta radicado 201742402334092 – Elección del representante de los empleados públicos del área asistencial, ante la junta directiva de una ESE del nivel I de atención.

Respetada señora:

Hemos recibido su comunicación, por medio de la cual argumenta que la ESE Hospital San Jorge, realizó la convocatoria para elegir al representante de los empleados públicos del área asistencial ante la junta directiva, indicando que en el proceso de inscripción de los aspirantes deberían tener título de tecnólogo, lo cual es un error, pues, la ESE cuenta con profesionales de planta en el área de la salud, que no fueron informados, por lo que pregunta: “(...) *ellos pueden pasar por encima de nuestro derecho a la libre de elección*”. Al respecto, se informa lo siguiente:

En primer lugar, vale la pena precisar que revisado el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, consolidado por este Ministerio con la información registrada por las diferentes direcciones territoriales de salud, se determinó que la **ESE HOSPITAL SAN JORGE**, pertenece al primer nivel de atención, lo que implica que esta debe ajustarse a lo establecido por el artículo 70 de la Ley 1438 de 2011⁹¹ y el Decreto 2993 de 2011⁹², compilado por el Decreto 780 de 2016⁹³.

Aclarado el tema de la normatividad aplicable resulta importante traer a colación lo previsto por el artículo 70 de la Ley 1438 de 2001, el cual establece la composición de la junta directiva de las Empresas Sociales del Estado del primer nivel de atención, así:

“Artículo 70. De la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

(...)

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

⁹¹ "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

⁹² "Por el cual se establecen disposiciones relacionadas con la conformación y funcionamiento de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención y se dictan otras disposiciones."

⁹³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

Parágrafo 1°. Los representantes de los usuarios y de los servidores públicos de la entidad tendrán un periodo de dos (2) años y no podrán ser reelegidos para periodos consecutivos, ni podrán ser parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en más de dos ocasiones. En los municipios de 6^a categoría, los representantes de los usuarios y los empleados públicos tendrán un periodo de 4 años.

(...)" (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, es importante resaltar los requisitos que debe ostentar el representante de los profesionales de los empleados públicos del área asistencial para formar parte de la junta directiva de una Empresa Social del Estado – ESE, por tanto, debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 2.5.3.8.7.7 del Decreto 780 de 2016⁹⁴, el cual señala que para ser miembro de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención se deberán acreditar los requisitos establecidos en el artículo 2.5.3.8.4.2.4 del mencionado decreto.

Conforme la remisión anterior, el artículo 2.5.3.8.4.2.4, define lo siguiente:

“Artículo 2.5.3.8.4.2.4. Requisitos para los miembros de las Juntas Directivas. Para poder ser miembro de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales de Salud se deben reunir los siguientes requisitos:

(...)

3. Los Representantes del sector científico de la Salud deben:

a) Poseer título profesional en cualquiera de las disciplinas de la Salud, y b) No hallarse incursio en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en la ley.

(...)"

Así las cosas, se tiene que de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 1438 de 2001, la junta directiva de una Empresa Social del Estado – ESE, debe contar con 2 representantes profesionales de los servidores públicos elegidos por voto secreto, uno administrativo y otro asistencial, teniéndose que el primero de estos, por excepción, puede ser electo dentro del personal con formación técnica o tecnológica; cuando en la entidad no se cuenta con un profesional del área administrativa, procedimiento excepcional que no es aplicable para la elección del representante del área asistencial, toda vez que la normativa no ha contemplado esa posibilidad

Finalmente, determinar si existe o no vulneración de derechos, en la forma como la ESE realiza el proceso de convocatoria y elección del mencionado representante, no se encuentra en el marco de

⁹⁴ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

las competencias de este Ministerio, por lo que los interesados o afectados deben recurrir a las acciones que la ley establece para tal fin.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su Título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁹⁵.

⁹⁵ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Bogotá D.C.,

URGENTE

Asunto: Estado actual de su solicitud radicada bajo el No. 201742302282172

Respetada doctora:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual solicita concepto relacionado con las instituciones de salud, al respecto previa la transcripción de cada uno de sus interrogantes, me permito indicar:

- *Que es una institución de salud*

En primer lugar, es preciso indicar que el concepto de “*institución de salud*”, per se, no se encuentra definido en ninguna norma que haga parte del Sistema General de Seguridad Social en salud, ahora bien según lo establecido en el artículo 155 en la Ley 100 de 1993⁹⁶, las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas, hacen parte de los integrantes del sistema general de seguridad social en salud; teniendo en cuenta lo anterior, en adelante haremos referencia a las instituciones de salud, con el nombre de instituciones prestadoras de servicios de salud- IPS.

Una vez aclarado este punto, entraremos a definir el concepto de IPS, según el criterio expuesto por la corte constitucional, en la Sentencia C-064 de 2008, cuyos apartes se transcriben a continuación:

“(...) Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. Son entidades organizadas para la prestación de los servicios de salud, que tienen como principios básicos la calidad y la eficiencia, cuentan con autonomía administrativa, técnica y financiera, y deben propender por la libre concurrencia de sus acciones. El legislador ha considerado que se trata de entidades que prestan servicios en el área de la salud, compiten en este mercado, deben respetar las reglas que impiden el monopolio y garantizan la libertad de competencia en la prestación de sus servicios, con lo cual queda demostrado que jurídicamente son valoradas como empresas creadas, entre varios fines, con el propósito de obtener lucro económico, salvo claro está aquellas entidades sin ánimo de lucro. Teniendo en cuenta las I.P.S. que prestan servicios de salud con fines de lucro, resulta conforme con la naturaleza jurídica del impuesto sobre la renta y complementarios (...)”

- *Que entidades son consideradas como una institución de salud*

Como se mencionó anteriormente, al hablar de instituciones de salud, haremos referencia a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, para lo cual es necesario traer a colación, lo

⁹⁶ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

dispuesto en el numeral 6 del artículo 2 del Decreto 1011 de 2006⁹⁷, compilado en el artículo 2.5.1.1.3 del Decreto 780 de 2016⁹⁸, el cual define a los prestadores de servicios de salud, así:

Artículo 2.5.1.1 Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente Capítulo se establecen las siguientes definiciones:

(...)

Prestadores de Servicios de Salud. Se consideran como tales, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los Profesionales Independientes de Salud y los Servicios de Transporte Especial de Pacientes.

Para los efectos del presente decreto se consideran como instituciones prestadoras de servicios de salud a los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud.

(...)

Por otro lado, la Circular Externa 018 de 2015, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, tuvo como finalidad clasificar a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), para facilitar el análisis diferenciado de estas, las dividió según el impacto en el sector y el contexto en el que ofrecen los servicios, dicha clasificación aplica a todas las IPS del país, tanto de naturaleza pública, privada o mixta, y fijó para tal fin parámetros de: tamaño, el número de servicios habilitados y la ubicación, organizándolas en 7 grupos así: Grupo A, Grupo B, Grupo C1, Grupo C2, Grupo D1, Grupo D2, Grupo D3. (Para mayor información se anexa al presente escrito la circular en mención, en tres (3) folios).

- Que características debe reunir una institución de salud

En primer lugar, tal como se indicó en la respuesta a su primer interrogante, las Instituciones Prestadoras de Salud, deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, además contar con autonomía administrativa, técnica y financiera, y propender por la libre concurrencia de sus acciones.

En segundo lugar, la Resolución 2003 de 2014, “Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud”, tuvo por objeto definir los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud, así como adoptar el Manual de Inscripción de Prestadores y Habilitación de Servicios de Salud, para lo cual definió como condiciones de habilitación de los prestadores de Servicios de Salud, las siguientes:

(...)

⁹⁷ “Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

⁹⁸ Por medio de/cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

Artículo 3. *Condiciones de habilitación que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud. Los Prestadores de Servicios de Salud, para su entrada y permanencia en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud, deben cumplir las siguientes condiciones:*

- 3.1. Capacidad Técnico-Administrativa.
- 3.2. Suficiencia Patrimonial y Financiera.
- 3.3. Capacidad Tecnológica y Científica.

(...)

Por último, con fundamento en lo establecido en el artículo 153⁹⁹ de la Ley 100 de 1993, además de los principios generales consagrados en la Constitución política, una de las reglas del servicio público de salud, es la autonomía de las instituciones, la cual establece que las IPS, tendrán a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la ley

- *La Secretaría de Salud Municipal o departamental son consideradas una institución de salud*

La Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 155, quienes se consideran como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de los cuales se encuentran:

"ARTICULO. 155. - Integrantes del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud está integrado por:

- 1. Organismos de dirección, vigilancia y control:
(...)
- b) **Las direcciones seccionales, distritales y locales de salud, y**
(...)
- 3. **Las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas.**
(...)

Por su parte, el numeral 4 del artículo 176 de la mencionada ley, estableció como función de las direcciones seccionales, distritales y municipales de salud ejecutar la inspección y vigilancia de la aplicación de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras que expida el hoy Ministerio de Salud y Protección Social, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.

⁹⁹ "ARTICULO. 153.-Fundamentos del servicio público. Modificado por el art. 3. Ley 1438 de 2011. Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes:

(...)

⁵. Autonomía de las instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente ley.

(...)

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que las Secretarías de Salud del orden municipal o departamental hacen parte de los organismos de dirección, vigilancia y control de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, por lo cual no puede dársele el tratamiento de IPS.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015¹⁰⁰.

¹⁰⁰ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Bogotá D.C.,

URGENTE

**Asunto: Viabilidad de descontar el valor pagado por concepto de incapacidades
Radicado 201742302062922**

Respetada doctora:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual consulta si es posible descontar al funcionario por nomina, las incapacidades pagadas por la entidad cuando estas no son reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud - EPS, ya sea por periodos mínimos de cotización o por ser expedidas por médicos particulares, no adscritos a la red de instituciones prestadoras de servicio de la EPS. Al respecto, nos permitimos señalar:

En primer lugar y con el fin de dar respuesta a sus interrogantes, a continuación traeremos a colación la normativa aplicable al reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, así:

El artículo 206¹⁰¹ de la Ley 100 de 1993¹⁰², el cual establece que para los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es decir los cotizantes, el sistema a través de las Entidades Promotoras de Salud – EPS, les reconocerá la incapacidad por enfermedad general

En relación al pago de la incapacidad por enfermedad general, para los servidores públicos, debe precisarse que dicha obligación se encuentra prevista en el artículo 18¹⁰³ del Decreto Ley 3135 de 1968 “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

¹⁰¹ “Artículo 206.-Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.

¹⁰² Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

¹⁰³ “ARTICULO 18. AUXILIO POR ENFERMEDAD. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad, los empleados o trabajadores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social les pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:

a. Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días; y
b. Cuando la enfermedad no fuere profesional, las dos terceras (2/3) partes del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.
(...)”

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

Hecha la precisión anterior y de conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, debe señalarse que la regla general en el –SGSSS-, es que la incapacidad sea reconocida por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma, caso en cual, dicha entidad deberá reconocer la prestación económica derivada de la incapacidad por enfermedad general, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016¹⁰⁴, el cual reza:

“Artículo 2.1.13.4 Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas. (Negrilla fuera de texto)

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones”.

Sobre el particular, el parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 ibídem, dispone: “En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”.

De otra parte, el artículo 121¹⁰⁵ del Decreto Ley 019 de 2012¹⁰⁶, dispone que será el empleador quien adelantará de manera directa ante las EPS los trámites para el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad, siendo la única obligación del trabajador reportar el acaecimiento de cualquiera de aquellas.

Vista la normativa anterior, vale la pena reiterar lo mencionado por esta Dirección en diferentes conceptos jurídicos, en cuanto a que no existe actualmente una norma que defina lo que es la transcripción de incapacidades¹⁰⁷, no obstante, por ésta se entendería aquel trámite en virtud del cual la EPS traslada al formato oficial de la entidad el certificado expedido por el odontólogo o médico en ejercicio legal de su profesión, pero no autorizado por la Entidad Promotora de Salud para hacerlo, o no perteneciente a la red de la EPS.

¹⁰⁴ Por medio de/cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

¹⁰⁵ ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia

¹⁰⁶ Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública

¹⁰⁷ Al respecto, el entonces Instituto de Seguros Sociales – ISS en la Resolución 2266 DE 1998, definió la transcripción así: “Artículo 17. De La Transcripción de Certificados. Se entiende por transcripción el acto mediante el cual un funcionario competente, traslada al formato único oficial la incapacidad o licencia ordenada por médico u odontólogo tratante en ejercicio legal de su profesión pero no adscrito al ISS. Este hecho debe registrarse en la historia clínica del paciente, anexando a ésta, los documentos que soportan el acto”

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

Ahora bien, en cuanto a sus interrogantes, debe advertirse que no existe una norma que regule de forma expresa la manera en que debe proceder el empleador, cuando las EPS no se encuentren obligadas a asumir el pago de las prestaciones económicas, como lo es en este caso la incapacidad por enfermedad general, sin embargo, vale la pena traer en cita el criterio jurisprudencial que sobre el particular ha establecido la Corte Constitucional en la Sentencia T - 404 de 2010, cuyos apartes se transcriben, así:

“(...)

13. Al empleador le corresponde correr con las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad laboral en que incurra su trabajador, cuando el accidente o la enfermedad que la ocasionan sea de origen común y no se trate de un caso en que la EPS esté obligada a pagarlas. De modo que su responsabilidad, a este respecto, es excepcional. Esto se deduce del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala: “[e]n caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa días y la mitad del salario por el tiempo restante”. De acuerdo con la sentencia C-065 de 2005, esta norma no perdió vigencia con la expedición del artículo 206 de la Ley 100 de 1993, pues en éste último se previó que las EPS están obligadas a reconocer las incapacidades por enfermedad general de los afiliados a que se refiere el artículo 157 literal a) del mismo estatuto, “de conformidad con las disposiciones legales vigentes”. En sentir de la Corte, la formulación lingüística “de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, remite al artículo 227 del CST, todavía vigente y aplicable en toda su integridad en algunas hipótesis. Por ejemplo, es aplicable en casos en los cuales la enfermedad es de origen común, pero el trabajador no tiene el número mínimo de semanas cotizadas en la forma en que lo exige el artículo 3º, numeral 1º del Decreto 47 de 2000 (sic). También lo es, cuando la enfermedad o el accidente son de origen común, pero el empleador incurrió en mora en el pago de las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella. Es aplicable, asimismo, en las hipótesis en las cuales el empleador no suministra las pertinentes informaciones acerca de la incapacidad concreta del trabajador.

(...)” (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, vale la pena traer a colación la Sentencia de la Corte Constitucional T - 401 de 2017, en donde dicho ente colegiado, reitera cual es la finalidad de la incapacidad, vía revisión del proceso de tutela promovido por una ciudadana contra la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. –Sanitas EPS– y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. –Protección AFP, indicando entre otros, lo siguiente:

“(...)

11. La Corte ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá “recuperarse satisfactoriamente (...) sin tener que preocuparse por

reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia¹⁰⁸. (Negrita fuera de texto)

(...)"

Conforme a lo anterior y como ya se indicó, no existe una norma que defina de forma expresa la manera en que debe proceder el empleador cuando las EPS no asuman el pago de las prestaciones económicas, no obstante, los empleadores o trabajadores podrán demandar tal situación a la Superintendencia Nacional de Salud, entidad que en el marco de su función jurisdiccional, la cual se encuentra establecida en el literal g) del artículo 41¹⁰⁹ de la Ley 1122 de 2007¹¹⁰, adicionado por el artículo 126¹¹¹ de la Ley 1438 de 2011¹¹², podrá conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015¹¹³.

¹⁰⁸ *Sentencia T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.*

¹⁰⁹ *“Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:*

(...)

c) *Conflictos que se susciten en materia de multiafilación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;*

(...)"

¹¹⁰ *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.*

¹¹¹ *“ARTÍCULO 126. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adiciónense los literales e),*

f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: (...)

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador
(Subrayas fuera de texto)

¹¹² *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.*

¹¹³ *Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*