

Sentencia T-022/14

DERECHO A LA SALUD-Caso en que EPS niega práctica de cirugía de reconstrucción de seno como consecuencia de un cáncer de mama

DERECHO A LA SALUD-Cirugía plástica de reconstrucción de seno es de carácter funcional y reconstructiva/DERECHO A LA SALUD-Cirugía plástica de reconstrucción de seno con carácter funcional y reconstructiva se encuentra incluida en el POS

La cirugía plástica reconstructiva de mama siempre ha estado incluida expresamente dentro de los diversos POS que han estado vigentes desde el año 2005; las únicas cirugías plásticas que se han entendido excluidas del POS han sido aquellas que tienen fines eminentemente cosméticos o de embellecimiento, los cuales, claramente son diferentes a la finalidad que tiene la cirugía reconstructiva de mama como consecuencia de una mastectomía radical.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Protección constitucional

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD

Es jurisprudencia constante de esta Corporación, la consideración según la cual, el principio de continuidad es parte integral del servicio de salud, entendido como la imposibilidad de que las entidades encargadas de su prestación interrumpan el servicio de manera súbita o intempestiva, sin que exista una justificación constitucionalmente admisible y siempre.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Orden a EPS de adelantar todos los trámites administrativos y procedimientos médicos necesarios para realizar cirugía plástica de reconstrucción mamaria

Referencia: expediente T-4046286

Acción de tutela presentada por Nelly Gelvez Gelvez contra Suramericana EPS.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil catorce (2014).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en la acción de tutela instaurada por Nelly Gelvez Gelvez Conteras en contra de Suramericana EPS.

I. ANTECEDENTES

A continuación se resumen los fundamentos fácticos relevantes que obran dentro del expediente de la acción de tutela interpuesta por Nelly Gelves Gelves en contra de Suramericana EPS

## 1. Hechos

- 1.1. La accionante, de 44 años de edad, indicó que se encuentra afiliada a SURAMERICANA E.P.S. como cotizante nivel 1.
- 1.2. Afirmó que desde hace cuatro años le fue detectado un cáncer de mama multicéntrico debido a un tumor en el seno izquierdo[1].
- 1.3. Señaló que el 24 de febrero de 2009, se le ordenó por parte de médico tratante la realización de una mastectomía radical y una reconstrucción por cirugía plástica[2].
- 1.4. Mencionó que el 26 de junio de 2009 se le realizó la mastectomía radical, la cual tuvo una evolución favorable; sin embargo, a la fecha de interponer la presente tutela, aún no se le había practicado la cirugía de reconstrucción.
- 1.5. Añadió que el 21 de enero de 2013 presentó un derecho de petición a la EPS, solicitando la información respecto a la cirugía de reconstrucción de su seno, puesto que en las ocasiones en las que preguvarias ocasiones n varias oportunidades y no le proporcionaban información alguna.
- 1.6. Afirmó que el 28 de enero de 2013 la EPS negó la solicitud presentada, bajo el argumento de que no existía en el sistema ninguna orden médica relacionada con el procedimiento quirúrgico referido.
- 1.7. Finalmente indicó, que la falta de profesionalismo y seriedad de la EPS, al no realizarle oportunamente la cirugía de reconstrucción de seno, debidamente autorizada por el medico tratante, ha afectado su vida sexual, social y su autoestima, puesto que la ha convertido en una persona tímida, retraída e insegura.

## 2. Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

- 2.1. Afirmó la accionante que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad por haberle negado la realización de la cirugía reconstructiva de seno.
- 2.2. Por lo anterior, solicitó que de manera inmediata se le ordene a la EPS la realización de la cirugía de reconstrucción de seno, la entrega de medicamentos y en general el cubrimiento integral de todos los tratamientos necesarios.

## 3. Respuesta de la entidad demandada[3]

- 3.1. El representante legal de Suramericana EPS manifestó que "(...) sin que hubiera existido negación del procedimiento quirúrgico de reconstrucción de seno a la misma y pese a no existir orden médica que lo indicara, la EPS SURA redireccionó a la paciente para consulta con su medico de familia, ello con fundamento en el modelo de salud familiar que

la EPS SURA tiene implementado y avalado por la Superintendencia de Salud, en el cual cada médico tiene a cargo una cantidad determinadas de pacientes fijos y él es quien debe atenderlos y hacerles el seguimiento que requieran, para que cuando él lo considere pertinente ordene las consultas con las especialidades que considere, en este caso cirugía plástica.”

3.2. Añadió que “(...) lo pretendido por la accionante no puede ser objeto de autorización por tratarse de servicios no contenidos en el POS (...)”.

#### 4. Decisión del juez de tutela de primera instancia[4]

4.1. En sentencia del 20 de junio de 2013, el Juzgado 14 Civil Municipal de Bucaramanga decidió conceder el amparo solicitado, tras sostener que “(...) Del análisis probatorio, resulta claro que la accionante tiene razón en el sentido de que la actitud negativa de la EPS, implica una obstrucción al ejercicio de una vida digna en conexidad con el derecho a la salud. Por lo tanto resulta aplicable entonces, la doctrina expuesta por la Corte y se tutelarán el derecho a la salud en conexidad con el de la vida y se concederá la tutela ordenando la remisión de manera inmediata al médico tratante para la valoración de reconstrucción de seno por cáncer de mama junto con las autorizaciones para la cirugía y así mismo mantener su vida en condiciones dignas y justas”.

#### 5. Decisión del juez de tutela de segunda instancia[5]

5.1. En sentencia del 31 de julio de 2013, el Juzgado Décimo Civil del Circuito, revocó decisión del a-quo, al considerar que “(...) en el caso estudiado la accionante Nelly Gelves Gelves para nada menciona ausencia de medios económicos, sino que ha venido al considerar que la EPS debe proveerle el procedimiento, respecto de lo cual ha quedado debidamente determinado que el procedimiento - Mamosplatía oncológica unilateral” (cirugía reconstructiva)- que solicita la actora, no forma parte del POS y al no formar parte del POS en principio no hay forma de señalar 1° a la EPS responsable de la vulneración del derecho a la salud y 2° que deba el Estado asumir el costo de los medicamentos.

5.2. Agregó que “Es indiscutible que a la señora Nelly Gelves Gelves persona de 42 años de edad, quien padeció diagnosticó de “CA de mama izquierda”, con ingresos de \$648.000 según su manifestación de la EPS Suramericana, le asiste el derecho a que se garantice su derecho a la salud, pero todos estos factores no hacen inexistente el manual POS y al no estar allí no puede imponérsele a la EPS su provisión y recobro ante el Fosyga, cuando por ninguna parte siquiera se ha mencionado por la accionante no tenga los recursos para asumir directamente el costo de la atención no POS que señala requiere”.

#### 6. Pruebas

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

6.1. Copia simple de la cédula de ciudadanía (folio 21 c.pal).

6.2. Respuesta del derecho de petición que niega la realización de la cirugía reconstructiva (folio 12 c.pal).

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 7. Competencia

7.1. Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

### 8. Problema jurídico

8.1. Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la negativa de SURAMERICANA EPS de practicar la cirugía de reconstrucción de seno a la señora Nelly Gelves Gelves vulnera su derecho a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, al considerar (i) que no existe una orden médica que autorice el procedimiento y (ii) porque es una cirugía que se encuentra excluida del POS.

8.2. Para abordar este problema jurídico, se precisará la jurisprudencia constitucional respecto de: (i) Normatividad sobre la cirugía plástica reparadora o funcional de seno (ii) El derecho a la salud y la vida en condiciones dignas y (iii) el Principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud. Con base en ello, (iv) se procederá a resolver el caso concreto.

### 9. Normatividad sobre la cirugía plástica reparadora o funcional de seno

9.1. En un primer momento, el Acuerdo 289 de 2005 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de la Protección Social y vigente hasta 2009, definió el concepto de cirugías plásticas con fines reconstructivos así:

“(…)Que dentro de las exclusiones expresas del Plan Obligatorio de Salud, establecidas en el Acuerdo 008 del CNSSS están los tratamientos de Cirugía estética o con fines de embellecimiento;

Que se requiere aclarar y precisar los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS, y del Régimen Subsidiado POS-S en lo relacionado con la cobertura de procedimientos de Cirugía Plástica reconstructiva o funcional por cuanto se han presentado interpretaciones en los contenidos del POS y POS-S en lo que a estos procedimientos se refiere, generando con esto dificultades en la prestación de los servicios a los afiliados;

Que de conformidad con la práctica médica, por cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales se entienden aquellas que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema, lo cual se debe prestar en los términos del Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones contenido en la Resolución 5261 de 1994(…)”; (negrita fuera del texto).

9.2. Así mismo, estableció que la cirugía reconstructiva funcional de seno se encontraba dentro del Plan Obligatorio de Salud, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo.

- Cirugías Reparadoras de Seno”[6].

- Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.

- Tratamiento para gran quemado.

Los anteriores procedimientos se encuentran incluidos en los términos y condiciones de cada régimen establecidos en las normas que definen el plan de beneficios correspondiente, sin que en ningún caso implique un incremento en las coberturas actuales” (negrilla fuera del texto).

9.3. En vigencia de dicha norma ésta Corporación manifestó que la cirugía plástica reconstructiva de seno debía considerarse como uno de los procedimientos médicos incluidos en el POS. En este sentido indicó:

“En el caso de la señora Paola Andrea Valenzuela Rojas, a quien su médica tratante, la doctora María Victoria Fernández Naranjo, le certificó que padecía anisomastia bilateral, y por consiguiente, la cirugía plástica de reconstrucción de seno que le ordenó, el 28 de marzo de 2007, era de carácter funcional y reconstructiva, la Corte concluyó que SUSALUD EPS debe realizar la cirugía ordenada a la señora Valenzuela Rojas comoquiera que esta hace parte del Plan Obligatorio de Salud en los términos del Acuerdo 289 de 2005”[7]

9.4. Posteriormente, entró en vigencia el Acuerdo 008 de 2009, por el cual se aclararon y actualizaron integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivos y subsidiados; el mencionado Acuerdo, en su anexo 2 relativo a los procedimientos médicos incluidos en el POS, estableció la cirugía de mama con colgajo como uno de estos procedimientos[8].

Adicionalmente, las únicas cirugías plásticas que el Acuerdo 008 de 2009 establecía como excluidas del POS, eran aquellas que tenían fines de embellecimiento o un carácter eminentemente cosmético. Para restringir la interpretación que de estos conceptos pudiera hacerse, el mencionado Acuerdo incluía un glosario, en el que distinguía entre cirugía estética o de embellecimiento y la reparadora o funcional, así:

“Artículo 55: GLOSARIO. Para efectos de los eventos y servicios de alto costo se adoptan las siguientes definiciones:

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

2. 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 evitar alteraciones orgánicas o funcionales (...)”(negrita fuera del texto).

9.5. Posteriormente, el Acuerdo 008 de 2009 fue derogado por el Acuerdo 029 de 2011, en el cual se definió, aclaró y actualizó integralmente el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”. Dicho instrumento, mantuvo como uno de los procedimientos incluidos en el POS la cirugía de reconstrucción de mama con colgajo[9]. Al igual que los anteriores acuerdos, las únicas cirugías plásticas que excluía del POS eran aquellas que tenían fines eminentemente cosméticos o de embellecimiento. En este sentido, el artículo 49 previó lo siguiente: “Se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud las siguientes tecnologías en salud: 1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética”.

9.6. Finalmente, en diciembre de 2013 se expidió la Resolución 5521, por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS). La resolución 5521 de 2013 estableció expresamente que la “cirugía de reconstrucción de mama con colgajo”[10] se encuentra dentro de los procedimientos incluidos en el POS.

Adicionalmente, y al igual que en las anteriores normas que definían el POS, dentro exclusiones previstas se menciona exclusivamente a las de las cirugías plásticas realizadas con fines cosméticos o de embellecimiento. En este sentido el artículo 130 de la resolución 5521 de 2013 previó: “ARTÍCULO 130. EXCLUSIONES ESPECÍFICAS. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación -UPC- y son las siguientes://1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética, o suntuaria”.

9.7. Del recuento normativo anteriormente expuesto se pueden extraer dos conclusiones: i) la cirugía plástica reconstructiva de mama siempre ha estado incluida expresamente dentro de los diversos POS que han estado vigentes desde el año 2005; ii) las únicas cirugías plásticas que se han entendido excluidas del POS han sido aquellas que tienen fines eminentemente cosméticos o de embellecimiento, los cuales, claramente son diferentes a la finalidad que tiene la cirugía reconstructiva de mama como consecuencia de una mastectomía radical.

10. El derecho a la salud y la vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia.

10.1 De la lectura del artículo 49 de la Constitución Política se advierte con claridad, que la salud tiene una doble dimensión: una como derecho en cabeza de todas las personas; y otra como servicio público[11]<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-888-07.htm> -\_ftn2, respecto del cual el Estado tiene la obligación de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[12]

10.2. Si bien, la Corte Constitucional ha manifestado que el derecho a la salud no es de aquellos derechos respecto del cual la protección por vía de tutela proceda prima facie. La garantía de este derecho impone la necesidad de reconocer que su carácter prestacional cuyo desarrollo progreso está a cargo del Estado, y que obliga a éste último a racionalizar la asignación de inversión para el cubrimiento integral de éste derecho, respecto de la

necesidad de sostenimiento que también exige la garantía y protección de otros derechos, todo ello en el entendido de que los recursos económicos para tales fines son limitados.

10.3. Asimismo, el derecho a la salud, que presenta una estructura normativa de principio – mandato al igual que otros derechos constitucionales, se caracteriza a su vez por una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante el señalamiento de las prestaciones que lo definen.

10.4 De esta manera, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) que la falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios obedezca a situaciones en las que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

10.5. A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud puede justificarse en razón a la calidad del titular del derecho, en particular si se trata de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, personas con discapacidad, entre otros) o, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

10.6. Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, “al adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”[13]. De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente y definido cuya garantía resulta indiscutible.

10.7. Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que la Ley 1122 de 2007, art. 41, confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallos en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario o la usuaria; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones

(IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.[14]

10.8. Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

10.9. Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares -en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente[15] de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

10.10. En las situaciones descritas, no resulta aceptable como razón suficiente, que los ciudadanos se abstengan de reclamar prestaciones excluidas de los planes obligatorios de salud, por el sólo hecho de su incapacidad económica. A este respecto, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, como “una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts. 13 y 49)”[16]<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-888-07.htm> -\_ftn7. De otro lado, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

11. Principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud

11.1. Es jurisprudencia constante de esta Corporación, la consideración según la cual, el principio de continuidad es parte integral del servicio de salud, entendido como la imposibilidad de que las entidades encargadas de su prestación interrumpan el servicio de manera súbita o intempestiva, sin que exista una justificación constitucionalmente admisible y siempre. Sobre el particular, esta Corporación en sentencia SU-562 de 1999, sostuvo:

“(…) la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.”

11.2. La mencionada interrupción del servicio no sólo ocurre cuando la entidad prestadora desvincula de manera definitiva al afiliado, estando en curso un tratamiento médico, sino también cuando aún estando vinculado a la E.P.S., deja de suministrar un tratamiento, procedimiento, medicamento o diagnóstico, entre otros, con fundamento en razones de naturaleza contractual, legal o administrativo, evento en el que el juez constitucional debe intervenir, con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados[17].

11.3. Así pues, las entidades prestadoras del servicio de salud, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado, no pueden realizar actos que comprometan su continuidad, y como consecuencia la eficiencia del mismo, en tanto “en un Estado Social del Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (art. 1º C.P.) y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y art. 11 C.P.), no puede predicarse la efectividad del servicio de salud en aquellos eventos en los cuales la E.P.S., desconociendo las reales circunstancias de salud de un afiliado y sin mediar justificación, lo somete a esperar indefinidamente la práctica de una cirugía que se necesita de manera urgente, o antepone problemas administrativos, contractuales o económicos, o disposiciones de carácter legal para negarse a prestar el tratamiento médico que le garantizará al usuario la existencia digna.”[18]

11.4. Para la Corte, la adecuada, eficiente y continua prestación del servicio de salud tiene que convertirse en un propósito real de la acción estatal y de los particulares que prestan el servicio público de salud, y está orientada a brindar a las personas condiciones apropiadas para llevar una vida digna y de calidad, razón por la cual no es admisible suspender la prestación del servicio “(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”[19] (negrilla fuera del texto).

11.5. En ese orden de ideas y por la importancia que reviste la prestación del servicio

público de salud de manera ininterrumpida, esta Corporación ha considerado que la continuidad debe ser un derecho fundamental, que debe primar en todos aquellos casos en los que la suspensión del servicio amenace de manera seria y grave la vida, la salud, la integridad y la dignidad de los pacientes, pues “(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. No es razón válida no suficiente al momento de negar la autorización para iniciar o continuar un tratamiento médico, argumentar la ausencia de un documento especializado (tal como lo son los protocolos de manejo) que debe poseer la E.P.S. en sus archivos o al cual, en todo caso, puede acceder por cuenta propia.”[20]

11.6. Igualmente, ha considerado la Corte que el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos iniciados, deber ser entendido conforme a los principios de necesidad, de buena fe y confianza legítima.

11.7. Por necesarios, deben entenderse todos aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación del derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. “En este sentido, no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario.”[21]<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-649-08.htm>  
- \_ftn45

11.8. Desde esta perspectiva, la afectación en las condiciones mínimas de salud de cualquier persona, no deben corresponder siempre a unas circunstancias de tal gravedad, peligrosidad o deterioro de la vida, que necesariamente lleguen a comprometer la propia existencia de quien se encuentra enfermo, para que, sólo frente a esas circunstancias, sus derechos fundamentales sean objeto de protección por esta vía judicial. Ello tampoco implica que la persona deba estar expuesta a un inminente peligro de muerte o que las circunstancias de la enfermedad la obliguen a afrontar una situación traumática o a tener que tolerar una situación de extremo dolor, para que solo en esos eventos, la protección constitucional de sus derechos fundamentales, resulte viable.

11.9. Es por lo anterior, que la Corte ha sido muy clara en señalar, que cualquier circunstancia que altere las condiciones normales de salud de una persona, o que lleve a que su diario vivir se torne en una existencia indigna, es justificación suficiente para que el juez constitucional otorgue la protección constitucional reclamada, en procura de lograr la recuperación de la normalidad funcional y mental que afecta a quien la padece.[22]

## 12. Análisis del caso concreto

12.1. En el caso que nos ocupa, la accionante es una persona de 44 años, a quien como consecuencia de un cáncer de mama le fue ordenada y practicada una mastectomía radical de su seno izquierdo, al mismo tiempo que se le ordenó por el médico tratante de la entidad

accionada una cirugía plástica reconstructiva, la cual no ha sido practicada por la EPS, bajo el argumento (i) que no existe en el sistema una autorización médica del mencionado procedimiento y (ii) que se encuentra excluido del POS.

12.3. Para analizar el segundo argumento de la EPS, según el cual el procedimiento quirúrgico se encuentra excluido del POS, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que fue el médico tratante, y no la tutelante, el que definió el procedimiento requerido como "cirugía reconstructiva" (concepto establecido en los distintos acuerdos que han regulados los procedimientos incluidos en el POS desde el año 2005), y en esos términos expidió la orden médica aludida.

12.4. A partir de la denominación del proceso médico requerido, la Sala encuentra que las normas conducentes a la resolución del caso planteado han sido el Acuerdo 289 de 2005; el Acuerdo 008 de 2009, el Acuerdo 029 de 2011 -los cuales fueron proferidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de la Protección Social-; y actualmente es la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y de la Protección Social. De acuerdo con lo expuesto en la consideración número 9., cada una de los mencionados Acuerdos incluyó la cirugía reconstructiva de mama en el Plan Obligatorio de Salud (POS)[24]; adicionalmente, al momento de proferir la presente sentencia se encuentra vigente la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y de la Protección Social, por la cual se define y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, cuerpo normativo que establece expresamente que la cirugía de reconstrucción de mamá con colgajo[25] es uno de los procedimientos quirúrgicos autorizados por el POS, así:

N°

Código

Descripción

2414

85.7.2

RECONSTRUCCION DE MAMA CON COLGAJOS

12.5. En el caso concreto, en primer lugar es necesario precisar que para el momento en que se ordenó por el médico tratante la cirugía reconstructiva, esto es el 24 de febrero de 2009, así como en los diversos momentos en que se ha solicitado la realización del procedimiento y en el momento en que se profiere esta decisión las normas que definen el Plan Obligatorio de Salud han determinado como procedimiento incluido la cirugía reconstructiva de mama con colgajo y, además, únicamente se han excluido del POS aquellas cirugías que tuvieran un propósito estético o de embellecimiento, condición que no aplica al procedimiento ahora reclamado.

12.6. Es por ello que la negativa o la dilación en la autorización de un procedimiento quirúrgico por parte de SURAMERICANA EPS, con el argumento que se encuentra excluido

en POS o que no existe orden médica al respecto, vulnera el derecho a la salud y a la dignidad humana de la señora Nelly Gelves Gelves, toda vez que como ya se dijo dicho procedimiento no se encuentra excluido del POS y existe prueba en el expediente de que fue ordenado por el médico tratante.

12.7. En conclusión, debido a que se comprobó (i) que la señora Nelly Gelves Gelves padecía cáncer de mama, (ii) que le fue practicada una mastectomía radical en su seno izquierdo, (iii) que le fue ordenada por el médico tratante una cirugía reconstructiva y (iv) que dicho procedimiento, por ser de carácter funcional y reconstructivo se encuentra incluido expresamente dentro del POS, la Sala procederá a revocar la decisión de instancia y, en su lugar, concederá el amparo judicial de los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana.

Ordenará en consecuencia, al representante legal de SURAMERICANA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, y si aún no lo hubiere hecho, adelante todos los trámites administrativos y procedimientos médicos necesarios para que, en un plazo máximo de un mes, intervenga quirúrgicamente a la señora Nelly Gelves Gelves, dando así cumplimiento a la orden emitida por el médico tratante, en cuanto a la realización de la cirugía plástica de reconstrucción mamaria. Se advierte que de todos los trámites y procedimientos médicos que se adelanten en el presente caso, deberá informarse previamente a la paciente a efectos de que ella dé su consentimiento informado.

### 13. Conclusión

13.1. Constituye una vulneración del derecho a la salud y al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, la negativa de la EPS a realizar un procedimiento quirúrgico de cirugía plástica reconstructiva o funcional ordenado por el médico tratante a una afiliada de la misma, previsto en el Plan Obligatorio de Salud.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2013 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga contra SURAMERICANA EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos constitucionales a la salud y a la dignidad humana de la peticionaria.

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal de SURAMERICANA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, y si aún no lo hubiere hecho, adelante todos los trámites administrativos y procedimientos médicos necesarios para que, en un plazo máximo de un mes, intervenga quirúrgicamente a la señora Nelly Gelves Gelves, dando así cumplimiento a la orden emitida por el médico tratante, en cuanto a la realización de la cirugía plástica de reconstrucción mamaria. Se

advierte que de todos los trámites y procedimientos médicos que se adelanten en el presente caso, deberá informarse previamente a la paciente a efectos de que ella dé su consentimiento informado.

LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Historia clínica (folio 13 c.ppal)

[2] Ibidem

[3] (Fl. 29 al 38 c.ppal)

[4] (fl. 80 al 84 c.pal)

[5] (fl. 4 al 10 c.2)

[6] Acuerdo 289 de 2005. En la parte considerativa del acuerdo se establece lo siguiente: "Que de conformidad con la práctica médica, por cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales se entienden aquellas que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema, lo cual se debe prestar en los términos del Manual de Actividades, procedimientos e intervenciones contenido en la Resolución 5261 de 1994".

[7] Sentencia T-017/08 M.P. Jaime Córdova Triviño

[8] Acuerdo 008 de 2009 (anexo 2), pagina 55, Cups N° 85.72.00

[9] Acuerdo 029 de 2001, Cups N°. 85.72.00. pagina 127.

[10] Resolución 5521 de 2013, numeral 85.7.2. Pagina 112

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

[12] Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

[13] Sentencia T-859 de 2003.

[14] Ley 1122 de 2007: "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: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998."

[15] Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

[16] Sentencia SU-337 de 1999.

[17] Sentencia T-1198 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett

[18] Sentencia T-839 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis

[19] Sentencia T-170 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[21] Sentencia T-829 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz

[22] Sentencia T-888/07 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[23] En la orden médica se lee lo siguiente: “1. realizarla cirugía oncológico mamaria. 2. en un 2° tiempo realizar la cirugía reconstructiva ...” (Ver folio 13 c.ppal)

[24] Argumentos explicados en detalle en el numeral 9 de la presente providencia.

[25] Resolución 5521 de 2013, numeral 85.7.2. Pagina 112