DERECHO AL DIAGNOSTICO-Procedimiento, tratamiento o medicamento prescrito por médico tratante no adscrito a EPS no puede ser rechazado de manera absoluta

(La EPS accionada) vulneró el derecho fundamental a la salud, en su faceta de diagnóstico, de la demandante debido a que le negó la práctica de los procedimientos quirúrgicos que aquella le solicitó bajo el argumento según el cual aquellos eran de carácter estético o suntuario.

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No desplaza a juez de tutela cuando se trata de proteger el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

DERECHO A LA SALUD-Atención oportuna como característica del servicio prestado por la EPS

DERECHO AL DIAGNOSTICO EFECTIVO COMO UNA DE LAS FACETAS DEL DERECHO A LA SALUD

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

DERECHO A LA SALUD-Fuerza vinculante del concepto emitido por médico tratante no adscrito a EPS

VALIDEZ DEL CONCEPTO EMITIDO POR MEDICO NO ADSCRITO A EPS-Reglas

(…) parámetros que determinan la vinculatoriedad de las órdenes proferidas por un profesional de la salud que no hace parte de la entidad a la cual está afiliado el usuario: (i) La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica. (ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio. (iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS. (iv) La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como “tratantes”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

CIRUGIAS FUNCIONALES Y ESTETICAS-Diferencias

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Cobertura/PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Sistema de exclusiones

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

DERECHO A LA SALUD-Derecho a recibir los tratamientos con implicaciones estéticas, que no buscan el embellecimiento sino la recuperación del estado físico previo a accidente, enfermedad o trauma

CIRUGIA PLASTICA O ESTETICA-Comprende aspectos como el bienestar emocional, social y psíquico

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Orden a EPS practicar al accionante un examen diagnóstico médico que determine con precisión y suficiencia los procedimientos, medicamentos e insumos necesarios para el restablecimiento de su salud

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Segunda de Revisión

SENTENCIA T-101 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.030.098

Acción de tutela instaurada por Emilce contra la Nueva EPS y la Secretaría de Salud Departamental del Cesar

Procedencia: Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar

Asunto: Vulneración al derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico

Magistrado Sustanciador:

Juan Carlos Cortés González

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

1. En el trámite de revisión del fallo emitido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar el 27 de julio de 2021, que negó por improcedente la acción de tutela formulada por la señora Emilce contra la Nueva EPS y la Secretaría de Salud Departamental del Cesar1.

1. El asunto llegó a la Corte, a través del mencionado juzgado2, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. El 29 de noviembre de 2022, la Sala de Selección de Tutelas Número Once de esta Corporación escogió este asunto para su revisión3. El 15 de diciembre de 2022, la Secretaría General remitió el expediente al despacho del magistrado sustanciador, para lo de su competencia4.

Aclaración previa

1. En el presente caso, la Sala estudiará la posible vulneración del derecho a la salud de la accionante. En tal sentido, expondrá algunos elementos de su historia clínica los cuales gozan de reserva. Por lo tanto, como medida de protección de su intimidad, la Sala ordena suprimir de esta providencia y de toda futura publicación que de ella se haga, el nombre de la persona demandante. Lo anterior, de conformidad con la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Presidencia de esta Corporación5.

I. ANTECEDENTES

1. El 12 de julio de 20216, la señora Emilce interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS y la Secretaría de Salud Departamental del Cesar. Consideró que las accionadas vulneraron sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad física y psíquica, porque no le autorizaron unos procedimientos quirúrgicos ordenados por un médico particular. Según la accionante, aquellos son necesarios para garantizar su salud. Por tal razón, solicitó al juez constitucional ordenar la autorización de tales servicios médicos.

Hechos y pretensiones

1. La señora Emilce es madre cabeza de familia. Al momento de presentar la demanda, estaba afiliada a la Nueva EPS, en el régimen subsidiado de salud. Según su relato, durante un tiempo, padeció de obesidad mórbida. Por tal razón, se sometió a algunos tratamientos que le ayudaron a curar sus patologías7.

1. Como consecuencia de tales procedimientos, la accionante precisó que sufre de flacidez cutánea. El 19 de marzo de 2021, acudió a un profesional de la salud de carácter particular. Aquel le diagnosticó “1- dermatochalasis abdominal, 2-diastasis (sic) de rectos abdominales [y] 3-ptosis mamaria bilateral con macromastia”8. Por lo tanto, le prescribió9 como plan médico: (i)“reducción mamaria con mastopexia más lipoabdominoplastia con plicatura de rectos abdominales”; o, (ii) de manera alternativa “la lipoaspiración asistida en ambas mamas, liposis asistida con vaser o laser con dermolipectomía superior”10.

1. El 5 de abril y el 11 de junio de 2021, respectivamente, la actora solicitó a la a la

Secretaría de Salud Departamental del Cesar11 y a la Nueva EPS autorizar esos procedimientos quirúrgicos. Dichas entidades negaron la petición de la usuaria. La accionante señaló, de un lado, que la EPS le indicó verbalmente que las cirugías solicitadas son de carácter estético y que no están incluidas en el Plan de Beneficios de Salud (PBS). De otro, la Secretaría Departamental de Salud del Cesar expresó que la EPS es "quien debe responder por los servicios de salud ordenados por [el] médico tratante adscrito"12.

1. Para la accionante, estos procedimientos quirúrgicos son necesarios para solucionar sus problemas de salud, pues constituyen "la única forma para curar las irritaciones que [l]e produce el exceso de piel"13. Al respecto, refirió que, debido a sus padecimientos, ha enfrentado reiteradas crisis depresivas14. Por último, explicó que no cuenta con los medios económicos para sufragar los gastos de las operaciones médicas, debido a su alto costo.

1. En virtud de lo expuesto, el 12 de julio de 202115, la demandante solicitó al juez constitucional el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, así como a la integridad física y psíquica. Aquellos presuntamente fueron vulnerados porque las accionadas no autorizaron los procedimientos quirúrgicos prescritos por su médico particular. En tal sentido, pidió al juez de tutela ordenar la "cirugía de reconstrucción de tejido mamario bilateral y mamaria bilateral con mamoplastia de reducción mamaria bilateral y dermolipectomia abdominal con reconstrucción de músculos rectos abdominales"16.

Actuaciones procesales en sede de tutela17

1. El 13 de julio de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar admitió la acción de tutela. Le otorgó a la Nueva EPS y a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar el término de dos días para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción18. Sin embargo, la Secretaría de Salud Departamental del Cesar no contestó la demanda en el término conferido.

Respuesta de la Nueva EPS

1. El 15 de julio de 202119, informó que la actora está afiliada al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud en esa entidad. De igual modo, solicitó la nulidad de la actuación procesal debido a que el Juzgado no le trasladó el escrito de tutela. Fundó su petición en el artículo 133.8 del Código General del Proceso20 y en la sentencia T-025 de 201821.

1. Luego de que el Juzgado remitiera el mencionado documento a la entidad, el 19 de julio de 202122, aquella presentó un nuevo memorial en el que ejerció sus derechos de defensa y contradicción. Al respecto, manifestó que los servicios solicitados por la accionante están expresamente excluidos del PBS y no están financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Asimismo, aseguró que la demandante no reúne los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que le sean autorizados los procedimientos quirúrgicos que requiere. Lo expuesto, porque: (i) ningún profesional de la salud ha determinado el carácter urgente de aquellos; (ii) existen alternativas en el mercado, como planes de nutrición guiados, los cuales pueden solucionar las patologías de la actora; y (iii) los procedimientos solicitados no han sido ordenados por un médico adscrito a la Nueva EPS. Por lo tanto, solicitó negar las pretensiones.

Decisión objeto de revisión

Sentencia de única instancia23

1. El 27 de julio de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar negó por improcedente el amparo. Por un lado, determinó que los servicios médicos solicitados están expresamente excluidos del PBS y que no están financiados con recursos de la UPC24. En tal sentido, afirmó que la actora no ha sido sometida a ninguna valoración por parte de los profesionales de la salud adscritos a la Nueva EPS. Por otro lado, señaló que los procedimientos quirúrgicos son de carácter estético, porque aquellos no tienen una finalidad funcional o reparadora.

Impugnación25

1. El 31 de julio siguiente, la accionante impugnó la decisión. Indicó que había solicitado a la Nueva EPS una valoración médica y aquella fue negada. A su juicio, esta situación es una razón válida para tener en cuenta el criterio de un médico no adscrito a la EPS26. Asimismo, expresó que no busca un embellecimiento físico, sino mejorar su estado de salud, pues tiene “pieles en todo [su] cuerpo con flacidez y colgad[as] de manera extraña”27. Por lo tanto, solicitó acceder favorablemente a sus pretensiones.

Trámite de la impugnación28

1. El 4 de agosto de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar negó por extemporánea la impugnación presentada por la demandante. Sostuvo que la sentencia fue notificada el 27 de julio de 202129. En tal sentido, el término para impugnar la decisión venció el 30 del mismo mes y año30. Sin embargo, la actora presentó el recurso un día después de vencido el término legal para recurrir la decisión.

Actuaciones en sede de revisión

1. El 20 de enero de 2023, el magistrado sustanciador decretó pruebas de oficio. Al respecto, solicitó información relativa a: (i) el estado de salud de la accionante; (ii) los procedimientos médicos a los que se ha sometido la actora; (iii) las gestiones adelantadas por la EPS para atender la solicitud del escrito de tutela; y, (iv) el estado de afiliación de la demandante. De igual forma, vinculó a la EPS Salud Total. Lo anterior, tras encontrar que la tutelante estaba afiliada al régimen contributivo a través de esa entidad, según la consulta en la Base de Datos de Afiliados del Sistema General de Seguridad Social de la ADRES, realizada el 11 de enero de 2023.

Respuesta de la señora Emilce32

1. El 14 de febrero de 2023, precisó que los procedimientos quirúrgicos que reclama son: “cirugía de dermatochalasis abdominal, mastopexia mamaria bilateral reducción mamaria bilateral con reconstrucción de tejido mamario bilateral y ptosis mamaria bilateral y elaboración de exámenes”33. Señaló que aquellos garantizan su salud y su vida privada, ya que actualmente no puede caminar mucho, presenta dolor en sus piernas, desatiende a sus hijos y ha tenido problemas conyugales. Indicó que la EPS a la que está afiliada no la ha valorado médicamente ni le ha practicado ningún procedimiento. Por último, afirmó que su única fuente de ingreso es la cuota alimentaria que le brinda el padre de sus dos hijos menores de edad, por valor de $700.000. Tal suma la utiliza para sufragar los gastos de arriendo, comida y servicios públicos.

1. La actora aportó la copia de la sentencia de tutela del 27 de abril de 2022 proferida por el

Juzgado Primero de Familia de Valledupar (César), en la cual expuso los mismos hechos. En aquella, la autoridad judicial declaró la cosa juzgada constitucional en relación con el expediente objeto de revisión por la Corte y le indicó a la demandante que no debía promover más de una acción de tutela por idénticas circunstancias fácticas34.

1. De igual forma, la accionante remitió: (i) la prescripción del 12 de enero de 2022 proferida por un médico particular en la cual le fueron ordenados los siguientes procedimientos: "cirugía de reconstrucción mamaria bilateral, reconstrucción de músculos abdominales y reducción mamaria bilateral". También, la práctica de exámenes de electrocardiograma, cuadro hemático, TP, TPT, triglicéridos, VIH, COVID 19, entre otros35; (ii) el informe de valoración psicológica realizado por la profesional particular Nasly Cañas Rodríguez. Aquel recomienda practicarle las intervenciones quirúrgicas prescritas para mejorar su autoestima y combatir un riesgo de depresión; y (iii) las peticiones realizadas a la Superintendencia Nacional de Salud36, a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar y a la Nueva EPS37.

Respuesta de la Nueva EPS38

1. El 27 de enero de 2023, informó que declaró improcedente la solicitud de la tutelante porque el procedimiento correspondía a "un tratamiento con fines estéticos". De igual manera, destacó que actualmente no puede valorar a la actora porque no tiene a su cargo el aseguramiento en salud de la afiliada.

Respuesta de Salud Total39

1. El 27 de enero de 2023, manifestó que desde el 1° de agosto de 2022, la demandante estaba afiliada al régimen contributivo en esa entidad. Indicó que únicamente le ha prestado atención médica por su embarazo de alto riesgo y su consecuente parto, porque la actora no ha precisado que sufre de "flacidez cutánea". En tal sentido, no ha solicitado atención médica en relación con los padecimientos que aquella describe en su escrito de tutela. Por último, expresó que la accionante está suspendida por mora debido a que no ha realizado los aportes en salud durante los meses de octubre y noviembre de 2022. A pesar de ello, afirmó que le ha garantizado la atención en salud.

Traslado de pruebas

Respuesta de la Nueva EPS40

1. El 17 de febrero de 2023, expuso que cuando la actora solicitó el procedimiento objeto de tutela, “realizó la valoración de la necesidad”, sin señalar la forma en que aquella fue realizada. En concreto, adujo que el 22 de abril de 2022 encontró que lo reclamado correspondía a un tratamiento con fines estéticos, el cual no puede ser cubierto por el Sistema General de Seguridad Social en Salud. De igual manera, expresó que la paciente presenta un diagnóstico de obesidad no especificada. Sin embargo, no le realizó ningún tratamiento definitivo. Además, indicó que no le prestó ningún servicio de salud en relación con el procedimiento de flacidez cutánea y que no conoce el concepto del médico particular que atendió a la actora.

Respuesta de Salud Total EPS41

1. El 17 de febrero de 2023, reiteró que la actora “presenta contrato independiente en el régimen contributivo” y que le ha brindado atención médica oportuna debido a su embarazo de alto riesgo. Sin embargo, la accionante no ha puesto en conocimiento de la EPS su patología de flacidez cutánea. Por lo anterior, estimó que en este caso no existe ninguna conducta que afecte los derechos fundamentales de la accionante.

1. El 10 de marzo de 2023, el despacho del magistrado sustanciador constató en la Base de Datos de Afiliados del Sistema General de Seguridad Social de la ADRES el estado de afiliación de la actora. Al respecto, evidenció que la actora actualmente está afiliada al régimen subsidiado de Salud Total EPS y está en estado “activo”42.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del proceso de la referencia. Ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis

1. Previo a estudiar el presente asunto, la Sala encuentra que, con posterioridad, el 1° de abril de 2022, la demandante promovió una acción de tutela similar ante el Juzgado Primero de Familia de Valledupar (César), en la cual expuso los mismos hechos y pretensiones. En esa oportunidad, la autoridad judicial declaró la cosa juzgada constitucional en relación con el expediente objeto de revisión por la Corte. En estos casos, esta Corporación ha aclarado que no es posible concluir que la presentación de la primera acción de tutela haya sido interpuesta de forma temeraria y que se haya configurado la cosa juzgada43. Esta situación puede ser predicada, eventualmente, de la segunda tutela formulada y debe ser resuelta por el juez que conoció de dicha acción. Sin embargo, aquella no fue seleccionada por la Corte para su estudio.

1. En el caso objeto de estudio, la accionante padece de obesidad mórbida y de flacidez cutánea. Por esa razón, solicita la autorización para que le sea realizada la "cirugía de dermatochalasis abdominal, mastopexia mamaria bilateral reducción mamaria bilateral con reconstrucción de tejido mamario bilateral y ptosis mamaria bilateral y elaboración de exámenes"44, la cual fue prescrita por un médico particular. En su criterio, las irritaciones que le produce el exceso de piel en su cuerpo afectan su salud física y mental, así como su vida privada.

1. La Nueva EPS niega dichos procedimientos porque considera que aquellos corresponden a tratamientos estéticos, los cuales están expresamente excluidos del PBS. Además, indica que ningún médico adscrito a su red los ha ordenado. Por su parte, Salud Total EPS afirma que, desde la afiliación, la actora no ha solicitado ningún servicio para tratar las patologías descritas en la acción de tutela.

1. El amparo busca la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad física y psíquica de la demandante. En consecuencia, pide que el juez de tutela ordene la autorización la "cirugía de dermatochalasis abdominal, mastopexia mamaria bilateral reducción mamaria bilateral con reconstrucción de tejido mamario bilateral y ptosis mamaria bilateral y elaboración de exámenes"45.

1. Con el fin de resolver este asunto, a continuación, la Sala verificará la acreditación de los presupuestos de procedencia de la acción de tutela. En caso de que aquellos estén cumplidos, planteará el problema jurídico de fondo.

Procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa

1. El artículo 86 de la Constitución establece que cualquier persona puede interponer la acción de tutela “por sí misma o por quien actúe en su nombre”, con el fin de reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad o por el actuar de particulares con algunas condiciones. En el caso objeto de estudio, la acción de tutela fue formulada a nombre propio por la actora, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad física y psíquica46. Para la Sala es claro que quien presenta la acción de tutela está legitimada para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

Legitimación en la causa por pasiva

1. Este presupuesto hace referencia a la capacidad legal de quien está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental47. Conforme a los artículos 8648 de la Constitución y 1º49 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares.

1. La solicitud de amparo se dirigió inicialmente contra la Nueva EPS. Aquella es una persona jurídica particular encargada de la prestación del servicio público de salud. Al momento de ser presentada la acción de tutela, la demandante estaba afiliada al régimen subsidiado de dicha entidad50. En tal sentido, la actora le atribuyó a aquella la vulneración de los derechos fundamentales referidos. La Sala resalta que esa entidad estuvo obligada a garantizar el derecho fundamental a la salud de la actora. Por lo anterior, la Nueva EPS está habilitada para comparecer a este trámite constitucional como demandada51.

1. Además, durante el trámite de revisión adelantado por la Corte, el magistrado sustanciador evidenció que desde el 1° de agosto de 2022, la actora está afiliada al régimen contributivo de Salud Total EPS y que estaba en “suspensión por mora”. Por tal razón, vinculó a esta entidad al presente proceso para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción52. El 20 de febrero de 2023, Salud Total EPS afirmó que la accionante estaba afiliada al régimen contributivo de su entidad53 y que le garantiza los servicios de salud. Actualmente, la demandante está afiliada al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de dicha entidad promotora54. La Sala observa que Salud

Total EPS es la actual responsable de garantizar el derecho a la salud de la accionante. Por lo anterior, el presupuesto de legitimación por pasiva está acreditado en relación con ambas entidades, en la medida en que aquellas han sido las encargadas de prestar el servicio de salud a la actora.

1. De otro lado, la Sala encuentra que la Secretaría de Salud Departamental del Cesar no está legitimada en la causa por pasiva. Conforme a las leyes 715 de 2001 y 1438 de 2011, aquella es la encargada de "dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción". En concreto, le corresponde ejercer vigilancia y control de aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud55, así como administrar los recursos financieros, destinados a la afiliación al régimen subsidiado de la población menos favorecida y vulnerable56. Sin embargo, aquella no tiene a su cargo la prestación del servicio de salud de la actora, ni actúa como aseguradora directa57. Además, los procedimientos quirúrgicos objeto de discusión en principio hacen parte del Plan de Beneficios de Salud, como se desarrollará más adelante. En tal sentido, no es posible advertir que dicha entidad esté llamada a responder por la presunta transgresión de los derechos fundamentales alegados por la accionante. En consecuencia, será desvinculada de este trámite.

Inmediatez

1. En este caso, la prescripción de los procedimientos quirúrgicos fue efectuada el 19 de marzo de 2021, por parte del galeno particular Luis Alberto Guerra Araujo. El 5 de abril y el 11 de junio de ese mismo año, la accionante solicitó ante la Secretaría de Salud Departamental del Cesar y la Nueva EPS, respectivamente, la autorización de los servicios médicos ordenados61. El 16 de abril siguiente, la primera entidad manifestó no tener competencia para atender su petición. La segunda argumentó, de manera verbal, que los procedimientos solicitados están excluidos del PBS. Por su parte, la acción de tutela fue presentada el 13 de julio del mismo año. La Sala concluye que el transcurso de dos meses y veintisiete días y de al menos un mes y dos días, desde que fue negada la solicitud de la accionante por parte de las entidades demandadas es un plazo razonable y oportuno para la interposición del amparo constitucional. Por tal razón, el requisito de inmediatez está acreditado.

1. De igual forma, aunque la acción de tutela fue presentada en el año 2021, la Sala encuentra que vulneración al derecho fundamental a la salud persiste en la actualidad. En efecto, la accionante le manifestó a la Corte que a la fecha no se le ha practicado los procedimientos quirúrgicos solicitados y que ello le ha ocasionado quebrantos en su salud

física y mental62. Como será expuesto más adelante, la demora por parte del juez de primera instancia en remitir el expediente a esta Corporación no puede ser considerada como un obstáculo para la protección del derecho a la salud de la actora.

Subsidiariedad63

1. Conforme al artículo 86 de la Constitución, el principio de subsidiariedad implica que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También, es procedente el amparo cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, el presupuesto de subsidiariedad debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, este tribunal ha determinado que hay dos excepciones que justifican su procedibilidad64:

i. Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo ni eficaz, procede el amparo como mecanismo definitivo. Lo anterior, conforme a las circunstancias especiales del caso que se estudia; y,

i. Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En estos eventos, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

1. Para el caso objeto de estudio, en principio, existe un mecanismo judicial ordinario al que la accionante podría acudir. En efecto, el Legislador atribuyó competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante SNS) para conocer de varias controversias65. Entre ellas, las relacionadas con la cobertura de servicios, tecnologías o procedimientos de salud incluidos66 en el PBS67. Lo anterior, siempre que su negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.

1. A pesar de ello, esta corporación ha reconocido que el medio judicial descrito no es idóneo, ni eficaz. En primer lugar, porque la SNS afronta un déficit estructural. De conformidad con los hallazgos de la audiencia del 16 de diciembre de 2018, celebrada en el marco de la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-760 de 200868, esa entidad carece de las herramientas institucionales para decidir los casos dentro del término legal. Esta situación generó un atraso de entre dos y tres años para solucionar las controversias de fondo69. Así, se precisó que, mientras dichas condiciones persistan, este medio judicial no resulta idóneo,

ni eficaz70.

1. Posteriormente, el Legislador profirió la Ley 1949 de 2019 con el fin, entre otros, de fortalecer la capacidad de la SNS en materia sancionatoria71. En ese sentido, (i) amplió los términos que tiene la entidad para adoptar una decisión de fondo, (ii) determinó que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial del domicilio del apelante conocerá en segunda instancia de estos casos; (iii) reguló las medidas cautelares que se pueden imponer; entre otros asuntos. Sin embargo, en la sentencia SU-508 de 202072, la Sala Plena señaló que las dificultades administrativas continúan73, en tanto que aún no existe información que permita concluir de forma objetiva que la situación está superada74. De manera que dicho mecanismo jurisdiccional carece de idoneidad y eficacia.

1. Adicionalmente, la Corte ha advertido algunas condiciones normativas que afectan la idoneidad y eficacia del medio judicial. Al respecto, señaló que el procedimiento no establece: (i) el término para proferir la decisión de segunda instancia75; (ii) el efecto de la impugnación76; (iii) las garantías para el cumplimiento de la decisión77; (iv) qué sucede cuando la EPS no responde o lo hace parcialmente78; y, (v) el procedimiento de la agencia oficiosa en estos casos79. Estos asuntos normativos pueden extender el término de duración del procedimiento ante la SNS o incluso impedir el acceso a la administración de justicia, en algunos casos80. En ese sentido, el medio de defensa aludido no es idóneo, ni eficaz para garantizar los derechos de los usuarios del sistema de salud.

1. En conclusión, la Sala observa que el mecanismo jurisdiccional de la SNS no es un medio idóneo y eficaz para conseguir el amparo inmediato de los derechos de la accionante. De las circunstancias particulares de la actora, se desprende que aquella padece de obesidad mórbida y flacidez cutánea, que esto ha afectado algunos componentes de su vida y que los procedimientos prescritos han sido negados por una de las accionadas porque supuestamente se trata de aspectos estéticos. Además, su situación económica es precaria para sufragar los costos de aquellos. Prueba de ello es su trámite para afiliarse al régimen subsidiado en salud81. Por lo tanto, la tutela es el medio judicial idóneo y eficaz para analizar la posible vulneración de los derechos fundamentales. En este escenario, el amparo de la referencia procederá como mecanismo judicial definitivo en el presente asunto.

1. En suma, la Sala concluye que la presente acción cumple con los requisitos de procedencia. Por lo tanto, a continuación, estudiará el fondo de la controversia.

1. Con base en lo anterior, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿la Nueva

EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de la actora cuando niega una solicitud para la práctica de procedimientos quirúrgicos ordenados por un médico no adscrito a su red, con fundamento en que aquellos son de carácter estético y están excluidos expresamente del PBS? En caso afirmativo, deberá establecer si la afectación persiste y si aquella debe ser atendida por Salud Total EPS, entidad a la cual está afiliada actualmente la accionante.

1. Para resolver lo anterior, la Sala abordará los siguientes asuntos: (i) la obligación de las EPS de brindar atención oportuna en salud a sus afiliados; (ii) la garantía del derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando existe un concepto médico externo; (iii) las reglas jurisprudenciales sobre las cirugías estéticas que tienen un carácter reconstructivo o funcional; y, finalmente, (iv) resolverá el caso concreto.

El deber de brindar atención oportuna en salud

1. El artículo 49 de la Constitución prevé que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual "debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad". Por su parte, el literal e) del artículo 6° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que el derecho fundamental a la salud incluye como elemento esencial la oportunidad. Esto se traduce en que "la prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones", para la preservación, mejoramiento y la promoción de la salud82.

1. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud están obligadas a garantizar la oportuna y eficiente práctica de los procedimientos quirúrgicos que requieren los pacientes83. La omisión de este mandato afecta la aplicación de los principios de oportunidad, integralidad y continuidad, de los cuales depende la garantía de la salud como derecho fundamental. Asimismo, este tribunal ha sostenido que la atención oportuna incluye el derecho al diagnóstico del paciente. En efecto, aquel es fundamental para establecer un dictamen de la enfermedad que puede padecer el usuario, con el fin de brindarle un tratamiento adecuado84. En tal sentido, es obligatorio que las entidades promotoras de salud provean todos los mecanismos encaminados a proporcionar una valoración técnica, científica y oportuna85.

La garantía del derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando existe concepto médico externo

1. De acuerdo con la jurisprudencia, el derecho al diagnóstico es la facultad del paciente para "(…) exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia, para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine las prescripciones más adecuadas, encaminadas a lograr la recuperación de la salud, o, al menos, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado"86. En concreto, dicha garantía consta de tres dimensiones: (i) la identificación, que corresponde a la práctica de los exámenes ordenados con fundamento en los síntomas del paciente; (ii) la valoración de los resultados de dichos exámenes por parte de especialistas; y (iii) la prescripción, que hace referencia a la emisión de las órdenes médicas pertinentes y adecuadas para tratar el estado de salud de los usuarios87. De allí que, el derecho al diagnóstico se garantiza con la prescripción de los elementos de salud requeridos para tratar al paciente88.

1. Específicamente, esta garantía debe ser protegida cuando la entidad encargada de prestar el derecho a la salud de los pacientes no realiza las actividades, los procedimientos y las intervenciones con el fin de evidenciar oportunamente la presencia de la enfermedad, así como su estado de evolución, complicaciones y consecuencias para la persona89. Lo anterior, con independencia de la determinación de urgencia de la práctica90, pues -se reitera- el diagnóstico debe ofrecerse de manera oportuna de cara al estado de salud del paciente91.

1. En consecuencia, el derecho a la salud, en su faceta de diagnóstico, es vulnerado cuando la EPS se niega a autorizar las prescripciones, los medicamentos y/o los procedimientos quirúrgicos ordenados por un médico no adscrito a la misma, al no haber sido emitidas por personal médico propio92. Sobre este particular, la Corte ha explicado que el concepto médico de un profesional de la salud no adscrito a la red de instituciones prestadoras de la EPS no puede ser desestimado sin ninguna argumentación médica.

1. Bajo tal contexto, aunque determinado procedimiento quirúrgico no haya sido formulado por un médico adscrito a la red de prestadores de una EPS, la entidad promotora de salud debe pronunciarse sobre el alcance y la rigurosidad de aquel, pues los pacientes tienen derecho a conocer las razones médicas y técnicas, por las que se avala o se desestima la opinión médica consultada. De esta manera, esta Corporación ha señalado que, en determinados eventos, lo prescrito por un médico particular puede ser vinculante para las entidades promotoras de salud93.

1. En ese orden de ideas, se requiere, como regla general, que exista un principio de razón suficiente para que el paciente no haya acudido a la red de servicios de la entidad a la que está afiliado. Esta es una obligación elemental de los usuarios del sistema, pues su operatividad podría estar gravemente alterada si las personas pudiesen optar libremente por

dirigirse a médicos que no están adscritos a la entidad encargada de atender sus requerimientos de salud94.

1. En concreto, la jurisprudencia constitucional95 ha puntualizado los siguientes parámetros que determinan la vinculatoriedad de las órdenes proferidas por un profesional de la salud que no hace parte de la entidad a la cual está afiliado el usuario:

(i) La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.

(ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.

(iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS.

(iv) La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como "tratantes", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

1. Por lo tanto, cuando se configura alguna de estas hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el concepto médico externo vincula a la entidad promotora de salud y la obliga a confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas96. De lo contrario, la EPS vulneraría el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico.

1. Según el artículo 8° de la Resolución No. 2808 de 2022 del Ministerio de Salud y Protección Social "por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"97 existen dos tipos de cirugía plástica. De un lado, la cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento, la cual "se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente, sin efectos funcionales u orgánicos". De otro, la cirugía plástica reparadora o funcional que se practica "sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de estos, para evitar

alteraciones orgánicas o funcionales”.

1. Esta diferenciación tiene efectos jurídicos importantes. De una parte, el literal a) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 dispone que están excluidos del Sistema de Salud los servicios en salud “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”. De otro lado, el artículo 33 de la Resolución No. 2802 de 2022 dispone que los tratamientos reconstructivos, en tanto tengan una finalidad funcional, serán financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Un ejemplo de ello son los procedimientos quirúrgicos como la mamopexia no bilateral y la mamoplastia de reducción98. Por su parte, la Resolución 2273 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social “por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”99 señala que están excluidos del PBS algunos procedimientos quirúrgicos que tengan finalidades estéticas, tales como: la “mamoplastia de aumento bilateral con dispositivo”, la “mamoplastia de aumento bilateral con tejido autólogo”, la “pexia mamaria (mamopexia) bilateral”, entre otros.

1. Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha afirmado que los procedimientos estéticos no siempre tienen fines cosméticos o de embellecimiento. Por el contrario, tales intervenciones pueden estar orientadas a corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o a impedir afectaciones psicológicas100. En estos eventos, dichos procedimientos están ligados con el reconocimiento de la dignidad humana de las personas101. Por tal razón, es necesario garantizar su realización102 y no pueden ser catalogados como superfluos. Por consiguiente, los procedimientos quirúrgicos con fines estéticos están excluidos del PBS; mientras que aquellos que tengan una finalidad reparadora o funcional son cubiertos por este y tienen cargo a la UPC103.

1. Así, corresponde al juez de tutela verificar que el tratamiento aparentemente cosmético solicitado tenga un carácter funcional o que proporcione un bienestar emocional, social y psíquico104. Por ejemplo, en la sentencia T-975 de 2010105, la Corte ordenó a la EPS Occidente de Salud autorizar a la accionante la realización del procedimiento denominado “dermolipectomía bilateral de muslos y corrección de ptosis mamaria bilateral”. Lo anterior, porque observó que tales intervenciones quirúrgicas son de carácter reconstructivo funcional ya que “buscan corregir los problemas generados en la paciente por la obesidad mórbida”. De igual modo, en la sentencia T-449 de 2019106, esta Corporación ordenó la autorización del procedimiento de “reconstrucción de mamas bilateral con prótesis y colgajo compuesto”, tras evidenciar que aquel no tenía una finalidad cosmética para la accionante, sino que hacía parte del tratamiento integral contra la obesidad que le había sido diagnosticada.

1. Por lo tanto, las cirugías estéticas funcionales pueden ser solicitadas por los usuarios a sus

respectivas EPS cuando cuenten con una orden médica que así lo requiera107. La jurisprudencia constitucional ha enfatizado en que tales entidades no pueden negar la prestación estos servicios bajo el argumento que están excluidos del PBS, sin "(…) demostrar bajo conceptos médicos en el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social"108. En tal sentido, es obligatorio consolidar un diagnóstico "serio y de fondo", que explique las razones por las cuales la cirugía solicitada no es de carácter funcional. De lo contrario, podría haber una afectación a los derechos fundamentales de quien requiere de un determinado procedimiento para restablecer su salud109.

Solución al caso concreto

1. A continuación, la Sala realizará el estudio del caso concreto. Para tal efecto, en primer lugar, verificará los hechos que están debidamente probados. Posteriormente, establecerá si la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante y, si tal afectación aún se mantiene y debe ser atendida por Salud Total EPS, entidad a la cual está afiliada la accionante. En el presente caso, están probados los siguientes hechos:

1. Para el momento de la interposición de la acción de tutela, la accionante estaba afiliada al régimen subsidiado de la Nueva EPS110. Entre el 1° de agosto de 2022 y el 31 de enero de 2023, perteneció al régimen contributivo de Salud Total EPS111. Actualmente, la Base de Datos Única de Afiliados indica que la actora está afiliada al régimen subsidiado de salud a través de dicha entidad112.

1. La historia clínica aportada por Salud Total EPS demuestra que la actora tiene antecedentes patológicos por obesidad113. De igual forma, los conceptos de los médicos particulares indican que aquella sufre de obesidad mórbida y de flacidez cutánea.

1. La demandante ha acudido en reiteradas ocasiones a médicos particulares. Aquellos le han diagnosticado, de un lado, (i) dermatochalasis abdominal; (ii) diástasis de rectos abdominales; y (iii) ptosis mamaria bilateral con macromastia114. Y, de otro lado, flacidez cutánea, obesidad mórbida con ptosis mamaria y abdomen flácido115. En consecuencia, el 19 de marzo de 2021, le fue prescrita "reducción mamaria con mastopexia más lipoabdominoplastia con plicatura de rectos abdominales"116; y el 12 de enero de 2022, "cirugía de reconstrucción mamaria bilateral, reconstrucción de músculos abdominales y reducción mamaria bilateral"117. Sin embargo, la tutelante pidió al juez constitucional ordenar "la cirugía de dermatochalasis abdominal, mastopexia mamaria bilateral y ptosis mamaria bilateral".

1. El 5 de abril119 y el 11 de junio de 2021120, la accionante presentó peticiones ante la Secretaría de Salud Departamental del Cesar y la Nueva EPS, respectivamente, con el fin de que se autorizara la cirugía de “ptosis mamaria bilateral, dermotacholasis abdominal y diástasis rectos abdominal y mastopexia bilateral y reconstrucción de tejido mamario bilateral”. La primera entidad le comunicó que la EPS es quien debe responder por los servicios de salud ordenados por el médico tratante121. Por su parte, la Nueva EPS afirmó que tales procedimientos están excluidos del PBS.

1. El 22 de abril de 2022 la Nueva EPS informó a la accionante que no era posible la autorización de los procedimientos quirúrgicos requeridos debido a que la historia clínica no evidenciaba su funcionalidad y que aquellos estaban excluidos expresamente del PBS, porque son de carácter estético. En sede de instancia, afirmó que no era posible su autorización porque aquellos no fueron ordenados por un médico adscrito a su entidad. Además, indicó que existen alternativas en el mercado como “planes de nutrición”122. A pesar de ello, la Sala no evidenció que esa EPS haya revisado médicamente a la actora y que haya descartado el dictamen médico previo con fundamentos científicos.

1. Salud Total EPS solamente ha brindado atención a la usuaria en relación con su embarazo y su consecuente parto123. La demandante no ha solicitado a esta entidad la práctica de los procedimientos quirúrgicos que adujo en su escrito de tutela. Tampoco, ha puesto de presente los conceptos de los médicos particulares a los cuales ha acudido124.

1. Para la Sala, la Nueva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud, en su faceta de diagnóstico, de la demandante debido a que le negó la práctica de los procedimientos quirúrgicos que aquella le solicitó bajo el argumento según el cual aquellos eran de carácter estético o suntuario. Lo anterior, sin haber sometido a la usuaria a un diagnóstico ni presentado las razones científicas que sustentaran su posición.

1. Aunque la actora cambió de EPS y no ha puesto de presente sus quebrantos de salud a la aseguradora que debe dar continuidad al servicio, es claro que aquellos continúan. Por esa razón, la Sala considera necesario garantizar su derecho a la salud, en la faceta de diagnóstico, guiado por los principios de oportunidad y continuidad en cabeza de la actual entidad promotora de salud. A continuación, la Sala expondrá las razones que sustentan su postura.

La Nueva EPS no acreditó que los procedimientos quirúrgicos solicitados por la accionante tuvieran una finalidad cosmética o suntuaria

1. La actora solicitó a la Nueva EPS la autorización para la práctica del procedimiento de "reducción mamaria con mastopexia más lipoabdominoplastia con plicatura de rectos abdominales"125, con base en dictámenes de médicos particulares. Sin embargo, dicha entidad sostuvo que no era posible la autorización de tales servicios debido a que la historia clínica de la accionante no evidenciaba su funcionalidad. Puntualmente, durante el trámite de revisión, anotó: "CODIGO INACTIVO EN SALUD POR EXCLUSION (sic). caso radicado con No. 219769842 el día 22/04/2022, el cual fue validado por el grupo de back de cirugía electiva encontrando que no se evidencia funcionalidad del procedimiento solicitado por ser un servicio con fines estéticos incluidos en la resolución 2273/2021 como exclusión" 126.

1. Conforme a lo expuesto, la Sala no evidencia que dicha entidad haya valorado efectivamente la condición médica de la accionante, ni menos que haya considerado razonablemente los dictámenes profesionales en que basó su requerimiento. Por el contrario, encuentra que el referido concepto: (i) se da durante el trámite de la tutela de la referencia; (ii) constituye una respuesta ambigua porque no identifica los procedimientos quirúrgicos estudiados y si aquellos guardan relación con los expuestos en la demanda; (iii) no refiere si contrastó o controvirtió los dictámenes médicos particulares. En concreto, no tuvo en cuenta si los servicios médicos prescritos tienen un propósito funcional y si garantizan el bienestar emocional, social y psíquico de la paciente127; (iv) no evidencia que un médico adscrito a la EPS haya valorado a la paciente; y (v) no presenta las razones científicas de sus conclusiones128.

1. Bajo este contexto, la Sala concluye que la Nueva EPS no realizó un diagnóstico médico "serio y de fondo", que explicara las razones que sustentaron la negación de los servicios solicitados. En efecto, no existe evidencia de que los especialistas adscritos a dicha EPS hayan valorado a la paciente. Esta circunstancia generó la vulneración del derecho a la salud de la accionante. A pesar de lo anterior, no es posible dar una orden a esta entidad porque actualmente no tiene a su cargo los servicios de salud de la actora.

La imposibilidad de ordenar la práctica de los procedimientos quirúrgicos solicitados por la accionante

1. Si bien la afectación del derecho a la salud está acreditada, la Sala no cuenta con elementos suficientes para acceder a la pretensión de ordenar directamente los procedimientos quirúrgicos reclamados en el escrito de tutela. Esto por cuatro razones: (i) existen dos dictámenes proferidos por distintos profesionales de la salud. Aquellos han

ordenado servicios médicos distintos. De un lado, el galeno Luis Alberto Guerra Araujo le prescribió el plan de “reducción mamaria con mastopexia más lipoabdominoplastia con plicatura de rectos abdominales”129. De otro, el profesional de la salud Balmiro Carrillo Maestro le ordenó “cirugía de reconstrucción mamaria bilateral, reconstrucción de músculos abdominales y reducción mamaria bilateral”130. Sin embargo, la actora solicitó la autorización para “la cirugía de dermatochalasis abdominal, mastopexia mamaria bilateral y ptosis mamaria bilateral”; (ii) tales prescripciones tienen fechas distintas. La primera fue efectuada el 19 de marzo de 2021; mientras que, la segunda, es del 12 de enero de 2022; (iii) ninguno de los galenos a los cuales acudió la actora precisó que los procedimientos quirúrgicos ordenados son de carácter reconstructivo o funcional; y (iv) la Nueva EPS no demostró que haya valorado a la usuaria. Tampoco, que haya evaluado las prescripciones de los médicos particulares, ni que los haya confirmado o descartado con fundamento en razones científicas, como fue anotado previamente.

1. Estas circunstancias dificultan a la Sala establecer la necesidad e idoneidad de los procedimientos quirúrgicos solicitados por la accionante131. En efecto, los servicios médicos reclamados no cuentan de momento con un diagnóstico médico integral que acredite que la accionante requiere funcionalmente estos procedimientos. En estos eventos, la Corte ha indicado que el juez constitucional no es competente para ordenar el reconocimiento de servicios médicos a favor de los pacientes, ya que carece de conocimiento técnico para tal efecto132. Por tal razón, la Sala no podrá acceder a las pretensiones planteadas por la actora relacionadas con la orden de realización de tales cirugías. Sin embargo, sí procede la protección constitucional del derecho a la salud en su dimensión de diagnóstico.

La Sala observa que la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante persiste en la actualidad

1. De otro lado, la Sala anota que ha transcurrido un tiempo considerable desde la negativa de la atención en salud por parte de Nueva EPS, la sentencia de primera instancia y la revisión de la sentencia por parte de la Corte. Tal paso del tiempo no es imputable a la actora y no puede considerarse como un obstáculo para la protección de su derecho a la salud. Aquel incluso ha implicado el cambio de EPS y de régimen de afiliación. La Sala considera que tal situación ha agravado el desconocimiento de sus garantías superiores y genera la necesidad de intervención urgente por parte del juez de tutela. Bajo este contexto, claramente existe una afectación actual al derecho a la salud de la actora que se causó, inicialmente, por la falta de diagnóstico de la Nueva EPS, frente a la petición de procedimiento quirúrgico, sustentada en la prescripción de médicos particulares.

1. La Sala observa que la accionante no ha requerido a Salud Total EPS la práctica de los procedimientos quirúrgicos solicitados en el escrito de tutela. En tal sentido, no es posible predicar que dicha entidad haya afectado las garantías fundamentales de la actora. Sin embargo, debido a las condiciones particulares de salud de la tutelante y la falta de evidencia sobre la necesidad de los procedimientos solicitados, en este caso resulta procedente amparar su derecho a la salud en su faceta diagnóstica135. Los quebrantos aducidos por la actora y los distintos conceptos médicos particulares que no fueron valorados, controvertidos ni desestimados por la Nueva EPS, son un indicio de la necesidad de que la actora sea valorada por un médico adscrito a su actual EPS, de modo que determine su estado de salud en el presente y los procedimientos que eventualmente requiera para atender sus padecimientos.

1. Con fundamento en lo expuesto, la Sala considera que Salud Total EPS, como aseguradora actual obligada a garantizar el servicio de salud136, es la entidad llamada a valorar médicamente a la accionante en relación con los padecimientos expuestos en la tutela. Ello, con el fin de determinar la procedencia de los procedimientos quirúrgicos que requeriría con base en su estado clínico137. De la historia médica de la paciente se desprende que es necesario determinar si los servicios solicitados son de carácter funcional o reconstructivo y su pertinencia actual. De allí que, sea importante consolidar un diagnóstico médico138, de acuerdo con las patologías que presenta la actora y los dictámenes de los médicos particulares, más las evidencias de su historia clínica. Lo anterior, se sustenta en los principios de oportunidad139 y continuidad140 aplicables a la prestación del servicio de salud.

Órdenes por proferir

1. En virtud de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión revocará la sentencia del 27 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar. En su lugar, amparará el derecho fundamental a la salud de la accionante, en su faceta de diagnóstico. En consecuencia, le ordenará a Salud Total EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, valore integralmente a la actora, a través de los profesionales de la salud adscritos a su red de servicios, con el fin de determinar los servicios, procedimientos y/o tecnologías en salud que requiera en relación con los padecimientos expuestos en la acción de tutela y de acuerdo con sus condiciones actuales, así como los diagnósticos emitidos por los médicos141 y psicólogos142 particulares. La EPS deberá sustentar su diagnóstico en fundamentos científicos. En cualquier caso, deberá tener en cuenta el consentimiento de la actora para ser sometida a valoración, así como las reglas jurisprudenciales contenidas en esta decisión sobre las cirugías estéticas de carácter funcional reconstructivo. En el evento en que la accionante requiera el suministro y/o práctica de medicamentos, tecnologías y/o procedimientos quirúrgicos, la EPS deberá realizarlos dentro de los quince (15) días siguientes desde el diagnóstico.

1. En ese sentido, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento del término de las cuarenta y ocho (48) horas otorgadas para valorar integralmente a la accionante, Salud Total EPS deberá remitir un informe detallado sobre el cumplimiento de las órdenes dispuestas en esta providencia judicial, al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, quien conoció en única instancia de este caso143. Ello, para que esa autoridad judicial, en el marco de sus competencias, realice el seguimiento al cumplimiento de esta providencia144. Asimismo, advertirá a la Nueva EPS para que, en lo sucesivo, garantice el derecho a la salud a los pacientes que solicitan la práctica de procedimientos quirúrgicos de carácter funcional o reconstructivo, prescritos por médicos no adscritos, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia. También, oficiará a la Defensoría del Pueblo para que, en el ámbito de sus competencias constitucionales145, acompañe el cumplimiento de esta providencia con el propósito de garantizar el derecho a la salud de la demandante.

1. Por último, la Sala llama la atención que la sentencia objeto de revisión fue proferida el 27 de julio de 2021. El expediente fue remitido a la Corte el 9 de septiembre de 2022146 es decir, un año, dos meses y catorce días después de proferido el fallo. Es evidente que el juez de tutela envió el expediente a esta Corporación por fuera de los términos previstos en los artículos 31147 y 32148 del Decreto 2591 de 1991, con lo cual el mencionado Juzgado incumplió con su obligación legal. Dicho incumplimiento comprometió la protección oportuna de los derechos de la accionante y el ejercicio de las funciones que le corresponden adelantar a la Corte en sede de revisión149.

1. Por lo anterior, la Sala compulsará copias de esta providencia y del expediente de la referencia, a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Cesar para que investigue la remisión tardía del expediente de tutela por parte del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar.

Síntesis de la decisión

1. En esta oportunidad, la Sala estudió si la Nueva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud de la accionante, en su faceta de diagnóstico, al negarle la práctica de algunos procedimientos quirúrgicos ordenados por un médico no adscrito a su red. Según la entidad, aquellos son de carácter estético, están excluidos expresamente del PBS y no fueron prescritos por los profesionales de la salud vinculados a la entidad.

1. Para resolver esa cuestión, primero la Sala encontró acreditada la procedencia de la tutela en el caso concreto. Luego, reiteró la jurisprudencia sobre: (i) el deber de atención oportuna

en salud. Al respecto, recordó que las EPS están obligadas a prestar el servicio de salud sin dilaciones; (ii) el derecho al diagnóstico cuando existe un concepto por parte de un médico particular. En este punto, estableció que el derecho a la salud es vulnerado cuando, en algunos eventos, las EPS no tienen en cuenta los conceptos proferidos por médicos particulares; y (iii) las reglas para conceder las cirugías estéticas de carácter funcional o reconstructivo. Sobre el particular, destacó que aquellas hacen parte del componente del derecho a la salud, ya que buscan corregir alteraciones en el funcionamiento de un órgano o impedir afectaciones psicológicas.

1. A partir de las pruebas que obran en el proceso, la Sala encontró que la Nueva EPS vulneró el derecho a la salud de la accionante porque no realizó la valoración diagnóstica necesaria ni sustentó las razones científicas por las que consideró que los procedimientos quirúrgicos reclamados tenían una finalidad estética. A pesar de lo anterior, la Sala no pudo comprobar que los servicios solicitados por la actora sean efectivamente necesarios para el tratamiento de sus patologías en la actualidad. Ello, debido a que existen dos órdenes médicas que presentan diferencias en relación con los procedimientos a realizar. Bajo ese entendido, protegió el derecho a la salud, en su faceta de diagnóstico, con el fin de que Salud Total EPS, como encargada actual de la prestación continua del servicio de salud, realice a la actora una valoración integral. Aunque la paciente no ha solicitado ningún servicio de salud ante esta EPS, la Sala considera que los quebrantos de salud y los dictámenes médicos evidencian la conveniencia de garantizar la continuidad y oportunidad del servicio de salud.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar dentro del expediente T-9.030.098. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud, en su faceta de diagnóstico, a la señora Emilce.

SEGUNDO. – ORDENAR a Salud Total EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas

siguientes a la notificación de esta decisión y en su calidad de aseguradora actual obligada a garantizar la continuidad del servicio de salud, a través de los profesionales de la salud adscritos a su entidad y bajo el consentimiento de la accionante, valore integralmente a la señora Emilce, a fin de determinar los servicios, procedimientos y/o tecnologías en salud que requiere en relación con los padecimientos expuestos en la acción de tutela y de acuerdo con sus condiciones actuales.

Para determinar el diagnóstico, la EPS debe tener en cuenta los conceptos de los médicos particulares y los psicólogos a los cuales acudió la actora. Asimismo, debe aplicar las reglas jurisprudenciales señaladas en esta decisión respecto de las cirugías estéticas de carácter funcional reconstructivo. En cualquier caso, deberá sustentar el diagnóstico de la paciente en fundamentos científicos. En el evento en que la accionante requiera el suministro y/o práctica de medicamentos, tecnologías y/o procedimientos quirúrgicos, la EPS deberá realizarlos dentro de los quince (15) días siguientes desde el diagnóstico.

TERCERO. – ORDENAR a Salud Total EPS que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento de los términos indicados en el numeral anterior, según corresponda, remita un informe detallado sobre el cumplimiento de la orden dispuesta en el numeral segundo de esta providencia al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, quien conoció en única instancia de este caso. Lo anterior, para que esa autoridad judicial, en el marco de sus competencias, realice el seguimiento correspondiente al cumplimiento de esta providencia.

CUARTO. – ADVERTIR a la Nueva EPS para que, en lo sucesivo, garantice el derecho a la salud a los pacientes que solicitan la práctica de procedimientos quirúrgicos con finalidades funcionales o reconstructivas y que presentan dictámenes de médicos particulares, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

QUINTO. –ORDENAR que, por Secretaría General de la Corte, se oficie a la Defensoría del Pueblo, para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, acompañe el cumplimiento de esta sentencia.

SEXTO. – ORDENAR que por intermedio de la Secretaría General de la Corte se compulsen copias del expediente y de este fallo a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Cesar, para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, establezca la eventual responsabilidad disciplinaria de los funcionarios del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar por la remisión tardía de este expediente a la Corte Constitucional.

OCTAVO. – Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-101/23150

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Segunda de Revisión, me permito aclarar el voto en la sentencia de la referencia. Si bien coincido con la decisión de proteger el derecho fundamental a la salud de la accionante y las órdenes de llevar a cabo un nuevo diagnóstico para evaluar su estado de salud, así como la provisión de medicamentos, tecnologías y procedimientos prescritos por el médico tratante, discrepo de algunas de las premisas que sirvieron de sustento a la decisión.

1. En primer lugar, la sentencia argumenta que no existían fundamentos suficientes para determinar si los procedimientos quirúrgicos solicitados por la accionante poseían un carácter funcional o estético. Discrepo de esta conclusión, ya que en el presente caso se contaba con elementos de juicio adecuados para sostener que el procedimiento de reducción mamaria requerido por la accionante tenía un propósito anatómico, dadas las afectaciones que la falta del mismo ha provocado en su salud.

1. De este modo, está acreditado que (i) la accionante padecía obesidad mórbida; (ii) los tratamientos que le prescribieron para atender esta patología le causaron flacidez cutánea; (iii) se aportaron informes de valoración psicológica que dan cuenta de la afectación a su salud mental por esta circunstancia; y (iv) se allegaron dictámenes de dos médicos particulares que conceptuaron la necesidad de realizar el procedimiento de reducción mamaria, los cuales no fueron desvirtuados oportunamente por la Nueva EPS con fundamento en razones técnicas y científicas, y por tanto adquirieron carácter obligatorio para la EPS.151

1. Bajo tal óptica, la interpretación coherente con los hechos y la jurisprudencia constitucional era la de reconocer que el procedimiento solicitado por la accionante tenía una naturaleza funcional, sin perjuicio de la práctica de los exámenes pertinentes para constatar la procedencia del mismo conforme a sus condiciones actuales de salud.

1. En segundo lugar, la sentencia señala que es necesario que el médico tratante indique expresamente el carácter funcional del procedimiento en la orden de servicios para considerarlo como tal. La jurisprudencia consolidada de la Corte no establece una regla de esas características. Por el contrario, en diferentes oportunidades ha reconocido que la cirugía de reducción mamaria para personas que han padecido obesidad mórbida tiene una finalidad funcional, a partir de elementos de juicio distintos a una prescripción médica que señale expresamente el carácter no estético del procedimiento.152

1. La Sentencia T-101 de 2023 parece darle un peso excesivo a la ausencia de una declaración explícita del médico tratante sobre el carácter funcional del procedimiento. No obstante, la Corte Constitucional ha establecido que en estos casos las pruebas deben ser valoradas en su conjunto y no de manera aislada o unitaria. Por consiguiente, al considerar todos los elementos de juicio aportados al expediente, resulta cierto que el procedimiento requerido por la accionante tiene un propósito funcional, como se explicó previamente (supra, 3).

1. Si bien sería deseable que los médicos indicaran expresamente la naturaleza del procedimiento solicitado, la exigencia de dicha formalidad podría restringir los derechos fundamentales de los pacientes por un asunto que escapa a su control (que el médico sea diligente y escriba expresamente que un tratamiento es funcional), y que además limita la facultad del juez constitucional para valorar los diferentes elementos de prueba allegados al proceso.

1. En definitiva, como en todo caso la Sentencia T-101 de 2023 amparó el derecho a la salud de la accionante en atención a sus condiciones particulares, e incluyó la orden de realizar los diagnósticos y tratamientos que fueren procedentes, decidí acompañar el sentido de la decisión, con las precisiones que dejo consignadas en la presente aclaración de voto.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

1 Contra dicha decisión, la accionante interpuso el recurso de impugnación. Sin embargo, el mencionado juzgado lo rechazó por extemporáneo.

2 Envío expediente de tutela a la Corte Constitucional. En expediente digital. Documento: “08. CONSTANCIA DE ENVIO A LA CORTE.pdf”.

3 Auto del 29 de noviembre de 2022 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Once.

4 Constancia del 15 de diciembre de 2022 suscrita por la Secretaría General de esta Corporación.

5 Dicho documento señala: “Se deberán omitir de las providencias que se publican en la página web de la Corte Constitucional los nombres reales de las personas en los siguientes casos: || a) Cuando se haga referencia a su historia clínica u otra información relativa a la salud física o psíquica”.

6 Expediente digital T-9.030.098. Acta de reparto.

7 Expediente digital T-9.030.098. Escrito de tutela presentado por Emilce, pág. 2.

8 Historia clínica del 19 de marzo de 2021 suscrita por el médico Luis Alberto Guerra Araujo. En: Expediente digital T-9.030.098. Escrito de tutela presentado por Emilce, pág. 48.

9 En el escrito de demanda, la actora manifiesta que su médico le prescribió una “cirugía de reconstrucción de tejido mamario bilateral y mamaria bilateral con mamoplastia de reducción mamaria bilateral y dermolipectomia abdominal con reconstrucción de músculos rectos abdominales”. Expediente digital T-9.030.098. Escrito de tutela presentado por Emilce, pág. 2.

10 Ibid.

11 La accionante presentó petición ante la Secretaría de Salud Departamental del Cesar con el fin de que le fuera ordenada la cirugía que contrarrestara su diagnóstico. Además, solicitó la elaboración de los siguientes exámenes: cuadro hemático, TP, TPT, coagulación glicemia, creatinina, colesterol, triglicéridos, BUN, VIH, EKG electrocardiograma, RX de tórax y valoración por medicina interna. En: Expediente digital T-9.030.098. Escrito de tutela presentado por Emilce, pág. 66.

12 Respuesta a la petición elevada por la señora Emilce del 16 de abril de 2021 por parte de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar. En: Expediente digital T-9.030.098. Escrito de tutela presentado por Emilce, pág. 74.

13 Ibid.

14 En tal sentido, la actora allegó el informe de valoración psicológica del 17 de marzo de 2021, en el cual el psicólogo Juan Carlos Rojas recomienda realizar “la cirugía de reducción mamaria con levantamiento y dermolipectomia, dado las consecuencias físicas y emocionales que esto viene presentando en la paciente”. En: En: Expediente digital T-9.030.098. Escrito de tutela presentado por Emilce, pág. 54

15 Expediente digital T-9.030.098. Acta de reparto.

16 Expediente digital T-9.030.098. Escrito de tutela presentado por Emilce, pág. 3.

17 Auto que avoca. En expediente digital. Documento: “AutoAdmiteTutela***.pdf”.

18 Auto que avoca la acción de tutela del 13 de julio de 2021.

19 Expediente digital T-9.030.098. Contestación de la entidad demandada del 15 de julio de 2021.

20 Código General del Proceso. Artículo 133. Código General del Proceso. Artículo 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: […] 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

21 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

22 Escrito presentado por la Nueva EPS el 19 de julio de 2021 ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar.

23 Expediente digital T-9.030.098. Sentencia de tutela de única instancia.

24 Resolución No. 2481 de 2010 “Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capilación (UPC)”.

25 Expediente digital T-9.030.098. Escrito de impugnación presentado por Emilce.

26 La demandante sustentó este argumento en la sentencia T-545 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

27 Escrito de impugnación op. cit, pág. 5.

28 Expediente digital T-9.030.098. Auto que niega la impugnación de la acción de tutela.

29 De conformidad con los Oficios No. 389 y 390, la sentencia de primera instancia fue notificada a las partes el 27 de julio de 2021. En expediente digital T-9.030.098. Sentencia de tutela de única instancia, pp. 7 y 8.

30 Decreto 2591 de 1991. IMPUGNACION DEL FALLO. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

31 Auto de pruebas del 20 de enero de 2023, M.P. Juan Carlos Cortés González. En expediente digital. Documento: “T-9030098 Auto de Pruebas 20-Ene-23.pdf”.

32 Respuesta al auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: “Rta. ***

14-02-23.pdf".

33 Ibid., pág. 3.

34 Sentencia del 27 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Primero de Familia de Valledupar. En expediente digital. Documento: "Rta. **** 14-02-23.pdf "., pág. 17.

35 Órdenes médicas del 12 de enero de 2022. En expediente digital. Documento: "Rta. ****14-02-23.pdf "., p. 141 y 143

37 El correo electrónico informó que tal petición no pudo ser entregada a dicha EPS. En expediente digital. Documento: "Rta. **** 14-02-23.pdf "., pág. 207.

38 Respuesta al auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: "Rta. Nueva EPS.pdf".

39 Respuesta al auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: "Rta. Salud Total EPS.pdf".

40 Respuesta al traslado de pruebas del auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: " Rta. Nueva EPS (despues de traslado).pdf".

41 Respuesta al traslado de pruebas del auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: " Rta. Salud Total EPS (despues de traslado).pdf".

42 Lo expuesto, debido a que el 24 de febrero de 2023, el despacho del magistrado sustanciador evidenció que la tutelante aparecía en estado "retirada" del régimen contributivo de Salud Total, según la Base de Datos de Afiliados del Sistema General de Seguridad Social de la ADRES.

43 Sentencia T-272 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

44 Respuesta al auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: "Rta. **** 14-02-23.pdf", pág. 1.

45 Escrito de tutela presentado por Emilce. En expediente digital T-9.030.098. Documento "TUTELA.pdf", pág. 3.

46 Escrito de tutela presentado por Emilce. En expediente digital T-9.030.098. Documento "TUTELA.pdf", pág. 1.

47 Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

48 Artículo 86 de la Carta. 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, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

49 Artículo 1° del Decreto 2591 de 1991. Objeto. 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, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

50 Respuesta al auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: "Rta. Nueva EPS.pdf".

51 En la sentencia T-298 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte encontró acreditado el requisito de la legitimación por activa en relación con Medimás EPS, aunque el accionante ya no estaba afiliado a dicha entidad, sino a Sanitas EPS. Al respecto, consideró que aquella tenía la obligación de garantizar los derechos del accionante, al momento de presentar la tutela.

52 Sentencia T-501 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo y sentencia T-122 de 2021, M.P. Diana Fajardo Rivera.

53 Respuesta al traslado de pruebas del auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: " Rta. Salud Total EPS (después de traslado).pdf".

54 El 10 de marzo de 2023, el despacho del magistrado sustanciador constató en la Base de Datos de Afiliados del Sistema General de Seguridad Social de la ADRES que la tutelante tiene afiliación activa en el régimen subsidiado de Salud Total EPS.

55 Ley 715 de 2001. Artículo 43.4.3. Cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable.

56 Conforme al artículo 43 de la Ley 715 de 2001, los departamentos en salud tienen los deberes de "[g]estionar 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". De igual forma, el artículo 29 de la Ley 1438 de 2011 preceptúa. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

57 Sentencia T-122 de 2021, M.P. Diana Fajardo Rivera.

58 Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

59 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

60 Ver sentencias T-148 de 2019, T-608 de 2019 y T-117 de 2020, todas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

61 En: Expediente digital T-9.030.098. Escrito de tutela presentado por Emilce, pág. 66.

63 Consideraciones parcialmente retomadas de la sentencia T-160 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

64 Sentencia T-662 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

65 Para el efecto, la SNS adelantará un procedimiento informal, sumario y preferente. En primer lugar, tal como lo ha señalado este Tribunal, ese proceso debe adelantarse con la menor formalidad posible. En ese sentido, no requiere de apoderado, ni la demanda exige formalidad alguna. Por otra parte, la entidad debe fallar el caso dentro de los 20 días siguientes a la radicación de la demanda. Esto significa que tiene un carácter preferente y sumario. Adicionalmente, es un procedimiento que permite adoptar medidas cautelares, para proteger los derechos del accionante. Estas características del proceso permiten advertir que la autoridad conoce y falla en derecho de manera definitiva como lo hace un juez. Ver al respecto las sentencias SU-124 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-825 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

66 Sin importar si fueron incluidos expresamente o no.

67 Ley 1122 de 2007. Artículo 41. "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, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos: // a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (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, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia. […] // La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. // La demanda debe ser dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar; la pretensión, el derecho que se considere violado, así como el nombre y dirección de notificación del demandante y debe adjuntar los documentos que soporten los hechos. // La demanda podrá ser presentada sin ninguna formalidad o autenticación; por memorial, u otro medio de comunicación escrito. No será necesario actuar por medio de apoderado, esto sin perjuicio de las normas vigentes para la representación y el derecho de postulación. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad. // La Superintendencia Nacional de Salud emitirá sentencia dentro de los siguientes términos: // Dentro de los 20 días siguientes a la radicación de la demanda en los asuntos de competencia contenidos en los literales a), c), d) y e) del presente artículo. // […] // PARÁGRAFO 1o. Las providencias emitidas dentro del proceso jurisdiccional se notificarán por el medio más ágil y efectivo. La sentencia podrá ser apelada dentro de los 3 días siguientes a su notificación. En caso de ser concedido el recurso, el expediente deberá ser remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Laboral del domicilio del apelante. // PARÁGRAFO 2o. La Superintendencia Nacional de Salud solo 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. […]”.

68 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

69 “Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante la pregunta de la Magistrada Gloria Stella Ortiz sobre la capacidad de respuesta de la Superintendencia de Salud en sus funciones jurisdiccionales, el jefe de la entidad señaló: ‘en Colombia es imposible, Magistrada, hoy, hacer un fallo muchas veces en 10 días de una actuación que amerita hacer un debido proceso (…) hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos desde el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años, por qué le menciono esto Magistrada, porque el 90% de los procesos que llegan a la Superintendencia al área jurisdiccional son económicos: licencias de paternidad, licencias de maternidad (…)” (extracto transcrito)”. Sentencia T-423 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

70 Ibidem.

71 Ley 1949 de 2019. Artículo 1. “La presente ley tiene por finalidad el fortalecimiento de la capacidad institucional de la Superintendencia Nacional de Salud en materia sancionatoria. // Adicionalmente se redefinen las competencias de la superintendencia, en materia de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa y en lo que respecta a la función jurisdiccional y de conciliación, modificando también en esta última, los términos procesales para decidir los asuntos de su conocimiento. // Finalmente, se adoptan medidas encaminadas a mitigar los efectos negativos de los procesos de reorganización en el flujo de recursos y pago de acreencias de las entidades que intervienen en estos, definiendo nuevas competencias en materia contable”.

72 MM.PP. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas.

73 A juicio de esta Corporación, aunque la SNS profirió 2.261 sentencias entre agosto de 2019 y junio de 2020, esto no permite concluir que la entidad superó las dificultades señaladas. Lo anterior, porque se desconoce cuánto tiempo tardó en adoptar esas decisiones. De modo que, mientras la situación persista, el procedimiento sumario descrito no puede considerarse idóneo, ni eficaz para proteger los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sentencia SU-508 de 2020, MM.PP. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas.

74 Sentencia SU-074 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

75 Sentencia SU-508 de 2020, MM.PP. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas. Reitera las sentencias: T-025 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-527 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; y T-528 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; entre otras.

76 Es decir, no prevé si se concede en el suspensivo o en el devolutivo.

77 Sentencia T-218 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

78 Sentencia T-528 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

79 Esta Corporación ha señalado que el Código General del Proceso es aplicable al trámite jurisdiccional ante la SNS. Por lo tanto, en esos casos, procede aplicar lo establecido en el artículo 57 de la norma mencionada. Ver al respecto la sentencia T-061 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

80 Sentencia T-001 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

81 Respuesta al auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: “Rta. **** 14-02-23.pdf”.

82 Sentencia SU-124 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

83 Sentencia T-234 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

84 Sentencia T-460 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

85 Sentencia T-156 de 2021, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

86 Sentencia T-365 de 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido. Tomado de: Sentencias T-1181 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería y T-027 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

87 Sentencias T-558 de 2017, M.P. (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo; y, T-361 de 2022, M.P. (e) Hernán Correa Cardozo.

88 Sentencia T-394 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

89 Sentencia SU-508 de 2020, MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

90 Sentencia T-508 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

91 Sentencia T-361 de 2022, M.P. (e) Hernán Correa Cardozo.

92 Sentencia T-452 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

93 Sentencia T-235 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

94 Sentencia T-545 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

95 Sentencias T-545 de 2014 y T-235 de 2018, ambas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado; y, sentencia T-508 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Tomado de: Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

96 Sentencia T-508 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Tomado de: Sentencia T-500 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

97 Este acto administrativo empezó a regir el 1° de enero de 2023 y derogó la Resolución 2291 de 2021 que, a su vez, dejó sin efectos la Resolución 2481 de 2020. Esta última estaba vigente al momento en que fue presentada la acción de tutela.

98 Anexo 2° de la Resolución No. 2802 de 2022 “por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

99 Esta norma empezó a regir desde el 1° de enero de 2022 y derogó la Resolución 244 de 2019 que adoptaba el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud. Esta última estaba vigente al momento en que fue presentada la acción de tutela y excluía del PBS los mismos procedimientos quirúrgicos señalados.

100 Sentencia T-142 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

101 Sentencia T-1176 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

102 Sentencia T-573 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos.

103 Cfr. Sentencia T-397 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

105 M.P. Mauricio González Cuervo.

106 M.P. Carlos Bernal Pulido.

107 Sentencia T-490 de 2020, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

108 Sentencias T-142 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-159 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo; T-397 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera; y, T-490 de 2020, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

109 Sentencia T-397 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

110 Contestación de la Nueva EPS en primera instancia. En expediente digital. Documento: “04 ContestacionNuevaEPS19Dejulio.pdf”.

111 Certificado de afiliación de Salud Total EPS del 20 de febrero de 2023.

112 El 10 de marzo de 2023, el despacho del magistrado sustanciador constató en la Base de Datos de Afiliados del Sistema General de Seguridad Social de la ADRES que la tutelante tiene afiliación activa en el régimen subsidiado de Salud Total EPS.

113 Historia clínica allegada por Salud Total EPS en el auto del 20 de enero de 2023.

114 Historia clínica aportada en la demanda. En expediente digital T-9.030.098. Documento: “TUTELA.pdf”, pág. 48.

115 Orden médica aportada en sede de revisión. En expediente digital. Documento: “Rta. **** 14-02-23.pdf”, pág. 143.

116 Historia clínica aportada en la demanda. En expediente digital T-9.030.098. Documento “TUTELA.pdf”, pág. 48.

117 Orden médica aportada en sede de revisión. En expediente digital. Documento: “Rta. **** 14-02-23.pdf”, pág. 143.

118 Informes de valoración psicológica del 17 de marzo de 2021 y del 13 de enero de 2022.

En expediente digital. Documentos: “TUTELA.pdf”, pág. 52; y, “Rta. **** 14-02-23.pdf”, pág. 146.

119 Petición presentada por la accionante. En expediente digital. Documento: “Rta. **** 14-02-23.pdf”, pág. 65.

120 Ibid., pág. 56.

121 Respuesta de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar. En expediente digital. Documentos: “TUTELA.pdf”, pág. 74.

122 Contestación a la tutela por parte de Nueva EPS. En expediente digital. Documento: “04 ContestacionNuevaEPS19Dejulio.pdf”.

123 Respuesta de Salud Total al auto de pruebas del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: “Rta. Salud Total EPS.pdf”.

124 Respuesta al traslado de pruebas del auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: “Rta. Salud Total EPS (después de traslado).pdf”.

125 Historia clínica de la accionante. En expediente digital T-9.030.098. Documento “TUTELA.pdf”, pág. 48.

126 Respuesta al traslado de pruebas del auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: “Rta. Nueva EPS (despues de traslado).pdf”.

127 Sentencia T-449 de 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido.

128 Sentencias T-545 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y, T-508 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

129 Historia clínica de la accionante. En expediente digital T-9.030.098. Documento “TUTELA.pdf”, pág. 48.

130 Orden médica aportada en sede de revisión. En expediente digital. Documento: “Rta. **** 14-02-23.pdf”, pág. 143.

131 Sentencia T-573 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos.

132 Sentencia T-345 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa. Tomado de: Sentencia T-508 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

133 Respuesta de Salud Total al auto de pruebas del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: “Rta. Salud Total EPS.pdf”.

134 Respuesta de la accionante al auto del 20 de enero de 2023. En expediente digital. Documento: “Rta. **** 14-02-23.pdf”, pág. 3.

135 Por ejemplo, en la sentencia T-061 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo, la Corte estudió el caso de una persona que solicitó el servicio de médico domiciliario, auxiliar de

enfermería, pañales desechables, entre otros. 1. En aquella oportunidad, este Tribunal encontró que no estaba acreditada la necesidad en relación con los servicios e insumos pretendidos. Particularmente, porque la tutelante no solicitó ningún trámite o consulta ante la EPS. Sin embargo, con fundamento en la edad de la accionante y sus condiciones particulares de salud, evidenció la conveniencia de proteger su derecho a la salud en la faceta de diagnóstico. En tal sentido, ordenó que, previa valoración médica, se determine si en realidad se requería los servicios médicos para restablecer su salud.

136 Sentencia T-285 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

137 Sentencia T-361 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

138 Sentencia T-397 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

139 Ley 1751 de 2015. Artículo 6°. Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones.

140 Ley 1751 de 2015. Artículo 6°. Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.

141 Particularmente, el diagnóstico médico del 19 de marzo de 2021 y la orden médica del 12 de enero de 2022.

142 Puntualmente, los informes de valoración psicológica del 17 de marzo de 2021 y del 13 de enero de 2022.

143 Al respecto, la Sala Plena ha reconocido que "[f]rente a un fallo de tutela el deber principal del juez es de hacerlo cumplir. Y para ello, el instrumento más idóneo es el trámite de cumplimiento, que puede ser solicitado, de manera simultánea o sucesiva, por el beneficiario del fallo. En materia de competencia para conocer del trámite de cumplimiento, la regla es que el competente es el juez de tutela de primera instancia […]". Sentencia C-367 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

144 Decreto 2591 de 1991. Artículo 23. "Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. // Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular u lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción. // En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto".

145 Constitución Política. Artículo 282. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos

147 Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991: “(…) Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión”.

148 Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991: “(…) Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión”.

149 Sentencia T-160 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

150 M.P. Juan Carlos Cortés González.

151 Cfr. Sentencias T-449 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido; T-467 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-975 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

152 Ibidem.