

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: GLADYS LILIANA MORENO MORENO
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.
RADICADO: 05 001 31 05 017 2020 00401 00



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

FALLO DE ACCIÓN DE TUTELA							
FECHA	TREINTA (30) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)						
RADICADO	05001	31	05	017	2020	00401	00
PROCESO	TUTELA No 120 de 2020						
ACCIONANTE	GLADYS LILIANA MORENO MORENO						
ACCIONADA	NUEVA EPS						
PROVIDENCIA	SENTENCIA No.397 de 2020						
TEMAS	VIDA, INTEGRIDAD FISICA, SEGURIDAD SOCIAL y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS						
DECISIÓN	TUTELA DERECHOS						

La señora GLADYS LILIANA MORENO MORENO, identificada con cédula de ciudadanía No.42.001.779, presenta Acción de Tutela, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia, para que se le conceda la protección a los derechos fundamentales antes mencionados, los cuales considera, le están siendo vulnerados por parte de la NUEVA E.P.S.-, basado en los siguientes

HECHOS:

Manifiestan la accionante que tiene 33 años de edad y se encuentra afiliada a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado, que en el 2014 le diagnosticaron LEION DE SITIO CONTIGUOS DE LA MAMA OTROS SIGNOS Y SINTOMAS RELATIVOS A LA MAMA Y COMPLICACIONES MECANIZAA DE PROTESIS E IMPLANTE DE MAMA por lo que fue intervenida quirúrgicamente, donde le retiraron la prótesis.

Que para la recuperación de la salud e integridad física, se encuentra en tratamiento con médico especialista en CIRUGIA PLÁSTICA, quien ordenó la realización de RECONSTRUCCION DE MAMA BILATERAL CON DISPOSITIVO Y PEXIA MAMARIA (MAMOPEXIA) BILATERAL MASTOPEXIA Y/O MAMOPLASTIA DE ELEVACION.

Que aunque radicó oportunamente la solicitud de autorización para las cirugías, la NUEVA EPS solo procede a autorizar la RECONSTRUCCIÓN DE MAMA BITERAL CON DISPOSITIVO remitiéndola para la fundación Hospitalaria San Vicente de Paul donde le manifiestan que allá no se hacían esos procedimientos o la intervención por ser estética y para LA PEXIA MAMARIA (MAMOPEXIA)

BILATERAL MASTOPEXIA Y/O MAMOPLASTIA DE ELEVACION a la fecha no se ha procedido ni siquiera con el trámite de autorización desconociendo el derecho que tiene integridad de la salud.

Que como se puede ver en las historia clínicas requiere de la continuación de tratamientos a través de las cirugías que le fueron ordenadas, que sin ellas la salud e integridad, tanto física como mental, están en grave riesgo, que es delicada la afectación que sufrió en los senos, desmejorándose de esta forma la calidad de vida en condiciones dignas a las que tiene derecho.

Que no cuenta con los recursos económicos para sufragar estas cirugías, que apenas puede sufragar los gastos básicos del hogar, tales como alimentación, servicios públicos, vivienda, además de los gastos de las patologías.

Con base en estos hechos, hace las siguientes,

PETICIONES:

Solicita se tutelen los derechos constitucionales fundamentales invocados a su favor y se ordene a la accionada NUEVA EPS, que autorice y garantice la realización efectiva de RECONSTRUCCION DE MAMA BILATERAL CON DISPOSITIVO Y PEXIA MAMARIA (MAMOPEXIA) BILATERAL MASTOPEXIA Y/O MAMOPLASTIA DE ELEVACIÓN, de acuerdo con las indicaciones del médico tratante, así como el tratamiento integral derivado de LESIONES DE SITIOS CONTIGUOS DE LA MAMA OTROS SIGNOS Y SINTOMAS RELATIVOS A LA MAMA Y COMPLICACIONES MECANICAS DE PROTESIS E IMPLANTES DE MAMA y sus secuelas.

PRUEBAS:

La accionante allega la siguiente prueba.

Anexó fotocopia de la cédula de ciudadanía, historia clínica, ordenes médicas, pre autorización de servicios. (folios 4/20).

TRÁMITE Y RÉPLICA:

La presente acción fue admitida el día 19 de noviembre del presente año, se admitió la presente acción de tutela, y se ordenó notificar a la parte accionada,

concediéndoles un término a las accionadas de **DOS (2)** días para que presentaran los informes respectivos, como se puede observar a folios 21 del expediente.

A folios 32/38 del expediente, la accionada NUEVA EPS, a través de su apoderado judicial, manifiesta que: *“...El área de salud luego de haber efectuado las validaciones pertinentes del caso informa que el servicio solicitado RECONSTRUCCION DE MAMA BILATERAL CON DISPOSITIVO, PEXIA MAMRIA (MAMOPEXIA) BILATERAL, es clasificado con un insumo NO PBS, razón por la cual, debe ser radicado y sometido a aprobación ante el nuevo aplicativo MIPRES, tal y como lo exige la resolución 3951 de 2016.*

Que es pertinente informar que NUEVA EPS no es la entidad obligada a asumir dichas cargas económicas, ya que de acuerdo a la resolución 3521 de 2019 Servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC.

(...)

Ahora bien, el área de salud luego de haber efectuado las validaciones pertinentes del caso informa que el servicio solicitado es clasificado como un insumo NO PBS, razón por la cual, debe ser radicado y sometido a aprobación ante el nuevo aplicativo MIPRES, tal y como lo exige la resolución 3951 de 2016.

Solicita declarar imprudente la acción de tutela, toda vez que no ha vulnerado o puesto en riesgo derecho fundamental alguno...”

Procede pues el despacho a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La acción de tutela fue concebida como un mecanismo constitucional a través del cual, las personas naturales o jurídicas, tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que se presente una violación o amenaza por medio de actos, hechos u omisiones de cualquier autoridad pública o por particulares en determinadas y precisas circunstancias.

PROBLEMA JURÍDICO: Determinar si a la señora **GLADYS LILIANA MRENO MORENO** se le están vulnerando los derechos a la salud, por la no autorización de los servicios que requiere.

TEMAS A TRATAR: i) Requisitos procedencia de la acción de tutela; ii) alcance de la libertad de las EPS de contratar su red prestadora de servicios. iii) Caso Concreto

i) Requisitos procedencia de la acción de tutela:

De acuerdo a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez

constitucional. Adicionalmente es extenso el análisis jurisprudencial de estos tres requisitos, como se indicó en la Sentencia T-219 del 5 junio de 2018, así se indicó:

- (i) *La legitimación en la causa por activa:* El artículo 86 de la Constitución Política[36] establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de directamente o a través de un representante que actúe en su nombre.
- (ii) *La legitimación por pasiva:* El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[39] establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto, particularmente, las hipótesis se encuentran plasmadas en el artículo 42
- (iii) *La inmediatez:* el principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esta Corte. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción en improcedente, puesto que desatendería su fin principal. Frente al principio de la inmediatez en la presentación de la acción de tutela, se encuentra que en la sentencia SU 391 DE 2016, la Corte constitucional lo analizo en los siguientes términos:

“El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse “en todo momento y lugar”. La Corte Constitucional ha entendido que por esa razón no es posible establecer un término de caducidad de la acción de tutela, pues ello sería contrario al artículo citado[36]. Con todo, ha aclarado que lo anterior no debe entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento, ya que ello sería contrario a la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida como un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados[37]. Esta finalidad de la acción de tutela está prevista en el mismo artículo 86 de la Constitución, que señala que esta tiene por objeto “la protección inmediata” de los derechos alegados.

61. Por lo anterior, a partir de una ponderación entre la prohibición de caducidad y la naturaleza de la acción, se ha entendido que la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente[38]. No existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable. Esto implica que la acción de tutela no puede ser rechazada con fundamento en el paso del tiempo, sino que debe el juez estudiar las circunstancias con el fin de analizar la razonabilidad del término para interponerla[39].

62. La jurisprudencia ha identificado criterios que orientan al juez de tutela a evaluar, en cada caso, si se ha cumplido con el requisito de la inmediatez. Tales criterios se relacionan con:

- (i) La situación personal del peticionario: debe analizarse la situación personal del peticionario, pues en determinados casos esta hace desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve. A modo enunciativo, la jurisprudencia ha señalado que tal exigencia podría ser desproporcionada cuando el peticionario se encuentre en “estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad [o] incapacidad física”[40].
- (ii) El momento en el que se produce la vulneración: pueden existir casos de vulneraciones permanentes a los derechos fundamentales[41]. En estos casos, para analizar la inmediatez el juez de tutela no debe contar el término desde el momento en el que la vulneración o amenaza inició hasta la fecha de presentación de la tutela, sino que debe tomar en cuenta el tiempo por el que esta se prolongó.
- (iii) La naturaleza de la vulneración: existen casos donde se presenta un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción de tutela y la vulneración de los derechos de los interesados[42]. De acuerdo con este criterio, el juez debe analizar si la demora en la presentación de la tutela guarda relación con la situación de vulneración de derechos fundamentales que alega el peticionario.
- (iv) La actuación contra la que se dirige la tutela: la jurisprudencia constitucional ha señalado que el análisis de la inmediatez puede variar dependiendo de la actuación que se identifica como vulneratoria de los derechos invocados en la tutela. Específicamente, ha señalado que este análisis debe ser más estricto tratándose de acciones de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, ha sostenido que “el requisito de inmediatez tiene una relevancia particular en los casos de tutela contra providencias judiciales, de manera que la verificación de su cumplimiento debe ser aún más estricta que en otros casos, por cuanto la firmeza de las decisiones judiciales no puede mantenerse en la incertidumbre indefinidamente”[43].
- (v) Los efectos de la tutela: la Corte ha considerado que, aún si se encuentra un motivo que justifique la demora en la interposición de la tutela, el juez debe tener en cuenta los efectos que esta tendría en los derechos de terceros si se declarara procedente, pues tales terceros tienen una expectativa legítima a que se proteja su seguridad jurídica[44].”

iv) *La Subsidiariedad:* En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia[41] y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección *definitivo*: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos

fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo *transitorio* cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario[42].

reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

Ello permite reconocer el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, entendido este como un concepto amplio que busca materializar la dignidad humana de las personas.

4.3. PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Corte Constitucional se pronunció con respecto a este tema en Sentencia T-208 de 2017 (M.P ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO), se expuso:

como derecho fundamental y, en el artículo 2°, se especifica que este es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Derecho que incluye, por una parte, elementos esenciales e interrelacionados como son: a) disponibilidad, b) aceptabilidad, c) accesibilidad y d) calidad y, por la otra, comporta los siguientes principios: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, protección a los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras.

Así mismo, enunció que el grupo poblacional que gozan de especial protección por parte del Estado cuya atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica, son: niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en situación de discapacidad.

Por lo tanto, al considerarse el derecho la salud como un derecho fundamental, su protección es procedente por medio de la acción de tutela cuando este resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial.

Además, tiene mayor relevancia cuando los afectados sean sujetos de especial protección constitucional: niños, personas en situación de discapacidad o de la tercera edad, entre otros. Dicho trato diferenciado se sustenta en el inciso 3°, del artículo 13 de la Constitución Política que establece la protección por parte del Estado a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Para lo que interesa a la presente causa, este Tribunal ha sido enfático en destacar que el principio de integralidad del sistema de salud implica suministrar, de manera efectiva, todas las prestaciones que requieran los pacientes para mejorar su condición médica “[e]sto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente, de esta forma se protege y garantiza el derecho fundamental a la salud y la adecuada prestación de los servicios médicos que permitan el diagnóstico y tratamiento de los pacientes.” De manera puntual, la Corte, en sentencia T-644 de 2015, destacó:

“En lo que concierne al suministro del tratamiento integral, cabe resaltar que el principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el galeno tratante los considere necesarios para el tratamiento de sus patologías. De lo anterior se desprende que ‘la atención en salud no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna’.

Con todo, quienes padecen enfermedades que deterioran su salud se les debe garantizar siempre un tratamiento integral, en los términos, que se establecieron en el artículo 8°, de la Ley 1751 de 2015, de tal forma que se garantice el acceso efectivo al servicio de salud, mediante el suministro de “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”. Acceso que se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el profesional de la salud los considere necesarios para el tratamiento de la enfermedad. En diferentes pronunciamientos esta Corporación ha reiterado esta garantía de acceso efectivo a los servicios médicos.” síntesis, se puede afirmar que el derecho fundamental a la salud, se garantiza a través del uso de medicamentos, tecnologías y servicios de manera continua, completa y sin dilaciones que permitan un tratamiento integral para prevenir, paliar o curar la enfermedad, se encuentren o no incluidas en plan obligatorio de salud, de tal forma que las instituciones encargadas de la administración del sistema de salud atiendan los principios constitucionales que permitan eliminar las barreras administrativas o económicas de acceso para aquellas personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.”

En conclusión, la garantía de los derechos fundamentales en sede de tutela no se agota en una orden concreta; sino más bien, en el otorgamiento del tratamiento integral para la patología que la accionante padece y de esa manera evitar la interposición de múltiples acciones de tutela con base en la misma causa.

4.4. EXCLUSIONES DE SERVICIOS O ATENCIONES EN SALUD. DISTINCIÓN ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS ESTÉTICOS Y LOS PROCEDIMIENTOS FUNCIONALES EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD.

El artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, el que establece exclusiones expresas a ciertas prestaciones de salud dispone:

Artículo 15. *“Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.*

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

- a) **Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;***
- b) **Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;***
- c) **Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;***

d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

e) Que tengan que ser prestados en el exterior.

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

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

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

Por su parte, la Resolución No. 3512 de 2019 expedida por el Ministerio de salud y Protección Social, en la cual definió, aclaró y actualizó el Plan Beneficios en Salud en su artículo 8 estableció la diferencia entre cirugía cosmética o de embellecimiento y la cirugía reparadora o funcional, en los siguientes términos:

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

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

En ese sentido, se puede advertir que en el tema concreto de las cirugías plásticas existen dos tipos de intervenciones quirúrgicas muy distintas. Por una parte, las consideradas de carácter cosmético, de embellecimiento o suntuarias, cuya finalidad última es la de modificar o alterar la estética o apariencia física de una parte del cuerpo con el fin de satisfacer el concepto subjetivo que la persona que se somete a este tipo de intervenciones tiene sobre el concepto de belleza. Por otra parte, se encuentran aquellas intervenciones quirúrgicas cuyo interés es el de corregir, mejorar, restablecer o reconstruir la funcionalidad de un órgano con el fin de preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y digna, así como también con el fin de contrarrestar las afecciones psicológicas que atentan también en contra del derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

Por lo tanto, las cirugías plásticas con fines meramente estéticos no pueden estar cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, como en efecto así se contempla. Incluso las reintervenciones plásticas derivadas de una previa cirugía estética, cuando las complicaciones que se pretenden atender son consecuencias que fueron previsibles y contempladas científicamente desde un principio y que las mismas fueron explicadas al paciente al momento de su primera intervención

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

En lo que refiere a las cirugías plásticas funcionales o reconstructivas, su realización podrá ser asumida por las EPS, siempre que se cuente con una orden médica que así lo requiera, prescrita por un profesional vinculado con la Entidad Promotora de Salud. De ahí que una cirugía será considerada como estética o funcional a partir de una valoración o dictamen científico debidamente soportado, y no en consideraciones administrativas o financieras de las EPS o las subjetivas del paciente que reclama la atención.

4.5. CONCEPTO DEL MÉDICO TRATANTE NO ADSCRITO A LA EPS RESULTA VINCULANTE. A la luz de la jurisprudencia constitucional, *“el hecho de que se presente una prescripción suscrita por un médico no adscrito a la correspondiente E.P.S., no implica, per se, que deba ser descartada o rechazada por cuanto, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, cabría la posibilidad de que resulte vinculante para la entidad. De manera general, la Corte en situaciones en las cuales los médicos no adscritos que han formulado una prescripción son profesionales de la salud reconocidos, que hacen parte del Sistema y han tratado al paciente y, por consiguiente, conocen su caso, ha señalado que las órdenes impartidas por éstos médicos deben ser acatadas, así no estuvieran adscritos “formalmente” a la entidad demandada, si en el pasado ya habían sido identificados como médicos tratantes o hacían parte de la red de contratistas de la entidad. En otros casos, **la Corte ha considerado que “el examen diagnóstico prescrito por un especialista no adscrito a la respectiva entidad resulta vinculante para esta cuando es requerido para determinar el origen de una afección y proporcionar el tratamiento adecuado, si los medicamentos y exámenes realizados hasta el momento se han mostrado ineficaces para revelar cuál es la situación específica de salud del paciente”. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la E.P.S.,***

obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la E.P.S. o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada E.P.S. Establecidas las circunstancias en las cuales el concepto emitido por un médico tratante no adscrito resulta vinculante para las E.P.S., se procederá a reiterar la jurisprudencia en torno a las condiciones en las que debe autorizarse el suministro de un tratamiento o medicamento no P.O.S".

En Sentencia T-780 de 2013, la Corte reiteró lo expuesto en la Sentencia T- 760 de 2008, en la que se indicó que en los eventos en que existiere un concepto de un médico no adscrito a aquella, pero que se trate de un profesional reconocido, que hace parte del Sistema de Salud, "corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y, si no se desvirtúa el concepto del médico externo, atender y cumplir entonces lo que éste manda". Adicionalmente, en ese fallo también se destacó que, ante el incumplimiento de la empresa prestadora del servicio y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada garantizar el acceso al servicio de salud dispuesto por el médico, así sea externo, sin que resulte indispensable que sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva".

Igualmente en sentencia T 545 de 2014, la Corte indicó "De acuerdo con la jurisprudencia constitucional reiterada, un servicio médico requerido por un usuario, esté o no incluido en el POS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, como quiera que es la "persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente". También se ha sostenido que si bien el criterio principal para definir cuáles servicios requiere un paciente es el del médico tratante adscrito a la EPS, éste no es exclusivo, en tanto el concepto de un médico particular puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva y puntualizó los eventos en los cuales el criterio de un médico externo es vinculante a la EPS. i) La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica; ii) Los médicos adscritos valoraron 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 entidad de salud en cuestión; iv) La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como "tratante", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados".

4.6. EL DERECHO AL DIAGNÓSTICO. Cuando se hace referencia al derecho a la salud, allí debe ir comprendida la consideración al diagnóstico como pilar fundamental en su estructura, toda vez que la persona tiene derecho a "(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) **la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.**" (Subrayas extratexto).

Téngase presente que frente al derecho al diagnóstico ha sido abundante y reiterada la jurisprudencia en señalar que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y por ello el estado debe implementar toda las políticas necesarias en procura de alcanzar esta condición en cada ser humano.

Así, entre otras jurisprudencias ha sido enfática la H. Corte Constitucional que: *“el derecho a la salud, además de incluir la facultad de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, **incorpora obligatoriamente el derecho al diagnóstico**, entendido como la seguridad de que, si los profesionales de la medicina así lo requieren, con el objeto de establecer con claridad la situación actual del paciente en un momento específico, se debe practicar con prontitud y de manera completa los exámenes y pruebas, para determinar el tratamiento indicado y así controlar oportunamente y de manera eficiente las dolencias padecidas y, de esta manera restablecer su salud o por lo menos garantizar una vida en condiciones dignas”.*

ii) Caso Concreto

En el caso de la referencia se tiene que la señora GLADYS LILIANA MORENO MORENO, requiere la autorización y realización de reconstrucción de mama bilateral con dispositivo y pexia mamaria (mamopexia) bilateral mastopexia y/o mamoplastia de elevación de conformidad con las indicaciones del médico.

A folios 17 reposa la prescripción médica del doctor ANDRES FELIPE GOMEZ CORRALES, donde manifiesta que: “Análisis del caso: paciente que requiere cirugía reconstructiva en mamas, plan de manejo: instrucciones (cirugía reconstructiva, no estética) las mamas nunca van a quedar simétricas, se necesita autorización de procedimiento con anestesia general (reconstrucción mamaria con prótesis en mama izquierda, mastopexia izquierda, mamoplastia de aumento en mama derecha...”

En consecuencia de lo anterior, e ORDENA a la NUEVA EPS, representada legalmente por el doctor CESAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE o quien haga sus veces, que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a la autorización y realización de la autorización y realización de reconstrucción de mama bilateral con dispositivo y pexia mamaria (mamopexia) bilateral mastopexia y/o mamoplastia de elevación de conformidad con las indicaciones del médico tratante.

Finalmente y frente al tratamiento integral este debe ser concedido, teniendo el estado de salud de la accionante y con el fin de garantizar la continuidad en el servicio de salud relacionado con el diagnóstico de OTROS SIGNOS Y SINTOMAS RELATIVOS A LA MAMA

Por lo expuesto, el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando Justicia en nombre del Pueblo y por Mandato Constitucional,

FALLA:

PRIMERO. Se TUTELAN los derechos fundamentales invocados por la señora GLADYS LILIANA MORENO MORENO, identificada con cédula de ciudadanía No.1036615282, en contra de NUEVA EPS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Se ORDENA a la NUEVA EPS, representada legalmente por el doctor CESAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE o quien haga sus veces, que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a la autorización y realización de la autorización y realización de reconstrucción de mama bilateral con dispositivo y pexia mamaria (mamopexia) bilateral mastopexia y/o mamoplastia de elevación de conformidad con las indicaciones del médico tratante.

TERCERO. Se accede al TRATAMIENTO INTEGRAL conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. EL DESACATO a esta orden llevará consigo la aplicación de lo reglamentado en los artículos 27, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. NOTIFÍQUESE la presente providencia a las partes por el medio más expedito.

SEXTO Si la presente providencia NO ES IMPUGNADA, remítase a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

SPETIMO. ARCHIVAR definitivamente una vez regrese de la Alta Corporación sin haber sido objeto de revisión, previa desanotación de su registro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GIMENA MARCELA LOPERA RESTREPO

JUEZ

Firmado Por:

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: GLADYS LILINA MORENO MORENO
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.
RADICADO: 05 001 31 05 017 2020 00401 00

13

**GIMENA MARCELA LOPERA RESTREPO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

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

Código de verificación:

0deb83f01028c26f73362cb7f6584bd3e9d258cee28a91fd6840f604476b8f3e

Documento generado en 30/11/2020 12:59:18 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**