



RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS
MÚLTIPLES DE VALLEDUPAR - CESAR
REPÚBLICA DE COLOMBIA

FALLO DE TUTELA

Accionante: Andrea Camila Villero Maestre

**Accionada: Dusakawi EPS
IKankuama IPSI**

Radicado: 200014003007-2022-00493-00.

Valledupar. ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022). –

ASUNTO A TRATAR

Se decide la acción de tutela presentada por ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE en contra de DUSAKAWI EPS y KANKUAMA IPS, para la protección de sus derechos fundamental a la vida digna y a la salud.

HECHOS:

En síntesis, relatan los hechos de esta acción de tutela que, ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE, viene realizándose desde hace 3 meses visitas periódicas a odontología en KANKUAMA IPS, como empresa prestadora de DUSAKAWI EPS, indica que la misma han sido realizadas con el fin de reparar una muela que le causaba dolor, lo cual requería inicialmente una ortodoncia por lo cual fue remitida al centro DENTISANA para su realización, en donde se le realizó la endodoncia y se le indicó regresar a KANKUAMA IPS para que esta cubriera la carie con corona dental y así terminara el tratamiento de esa muela, tratamiento que requiere en varias muelas.

Afirma que, luego de ir a la cita odontológica en KANKUAMA IPS, para continuar con el procedimiento, la odontóloga tratante dice en efecto el procedimiento a seguir es una corona dental, sin embargo, esta no lo ordenara ni indicara en la historia clínica, por cuanto dicho procedimiento, no lo cubre el POS, y que temporalmente le colocaría una resina, hasta tanto deba realizarse el procedimiento ya comentado que esta fuera del POS.

Manifiesta que la resina provisional que le colocaron, no fue realizada en debida forma, exponiendo mas la muela por su condición de endodoncia, por lo que se encuentra en un alto peligro de fractura, problemas de filtración, mala oclusión, masticación y baja resistencia, esto como consecuencia de mal procedimiento el cual fue realizado de forma cóncava, de textura plana y lisa.

Añade que, ha regresado para que le realizaran la reparación de las caries faltantes, aprovechando sus visitas, en reiteradas ocasiones intento hablar con la coordinadora para indicarle su situación, respecto de que la odontóloga tratante no consigna en la historia clínica el procedimiento requerido, el cual es una corona dental, sin embargo no le fue posible comunicarse con ella, a lo que una empleada del área administrativa le dijo si acaso accederían a una corona provisional o de baja calidad.

Alega la importancia del procedimiento y el adecuado tratamiento, dado que el tratamiento provisional que le realizaron implica, no volver a comer con normalidad, por lo que debe comer con cuidado, evitando que la pieza se fracture, dado que en la misma presenta molestias y fallas.

Que, cuando regreso a Kankuama IPSI, para que le realizaran el tratamiento de una segunda muela, se la realizaron en igual condiciones que la primera pieza y también le negaron el procedimiento de la corona dental bajo el argumento que estaba fuera del POS.

Precisa que pasado 2 días comenzó a presentar molestias en la segunda muela, evidenciándose grietas, lo que genero mas problemas ambos lados de la boca, encontrándose más afectadas por los dos lados de la boca, lo mismo sucedió con la tercera muela, la cual fue realizada con las mismas condiciones de las anteriores.

Al respecto manifiesta que la 2 pieza se le fracturo, llegando a presentar fuerte dolor y bruxismo nocturno. Como producto de lo anterior, según la accionante requiere un protector de bruxismo rígido, sumado la corona dental y un tratamiento de conducto respecto de la 2 pieza, esto indicado por la odontóloga Dusakawi, la cual le recomendó que las coronas fueran en material CIRCONIO, la misma profesional examino la necesidad de realizar varios procedimientos odontológicos por las múltiples afectaciones que padece en sus dientes, las cuales determino en el escrito de tutela.

Finalmente manifiesta que, tiene 14 caries que deben ser reparadas, que solo puede solicitar una cita cada 8 días, en la cual se trata una sola pieza a la vez y que tales citas están limitadas de 20 a 30 minutos por pacientes.

PETICIONES

Con base en los hechos narrados, la accionante solicita al despacho lo siguiente:

Tutelar sus derechos fundamentales invocados a la vida digna y a la salud, así mismo solicita se le concedan los siguientes tratamientos, por considerar que estos son fundamentales para mejorar su salud oral,

1. Que se le remita a otro centro de atención distinto a Kankuama IPSI con profesionales idóneos que realicen las restauraciones de las piezas dentales que lo requieren y los procedimientos necesarios para recuperar la salud perdida de forma idónea. (procedimientos y piezas descritos en los puntos siguientes y los que sean necesarios)
2. Que se le realice la corona dental requerida en la Pieza 1 en material circonio y los procedimientos que se necesiten para restaurar la pieza en su totalidad
3. Que se le realicen los procedimientos que se necesiten para restaurar la Pieza 2 en su totalidad
4. Que se le realice la restauración de los bordes de las piezas dentales delanteras fracturadas de forma idónea
5. Que las reparaciones y procedimientos aquí solicitados sean realizados con técnicas y materiales idóneos, que cumplan con la funcionalidad de emular, de la forma más fiel e idónea posible, la funcionalidad, durabilidad, forma y salud perdida, NO con reparaciones o materiales deficientes de baja calidad y durabilidad, es decir, que se realicen con lo idóneo, no con soluciones temporales y de baja calidad como las ya realizadas que me han dejado mas perjuicio. Si no, que sean realizadas con la mejor opción disponible para mi caso particular.
6. Que se le diagnostique y se me realice tratamiento adecuado para la sensibilidad que estoy presentando y que me causa molestia y dolor permanente.
7. Que se le realice extracción de las muelas cordales "Muelas del juicio"
8. Que se me proporcione un protector de bruxismo adecuado (rígido) para proteger las piezas dentales de más daños (posibles fracturas, pérdida, desgaste del esmalte, etc)
9. Que se trate el problema de la mala mordida y se realicen las restauraciones necesarias para devolver la mordida a una forma correcta.
10. Que se le trate con prontitud, acortando los plazos de solicitud entre cita y cita (que actualmente es de 8 días) o permitiendo que se realice más de un procedimiento (varias restauraciones) por cita, para evitar un daño mayor, y poder recuperar su salud oral, general y una vida digna de forma pronta.

PRUEBAS

Por parte de la accionante: ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE

1. Radiografía panorámica en la que se observa Pieza 1 endodonciada, cordales Pieza 2 Fracturada.
2. Radiografía Pieza 2 fracturada a detalle.
3. Documento odontólogo particular consultada donde consta lo hallado en boca a nivel radiográfico y visual en ese momento y e indicaciones.

Por parte de la accionada: DUSAKAWI EPS,

1. Autorización de consulta de Primera vez por Odontología General en IPS DUSAKAWI.
2. Remisión de Consulta por Primera vez por Especialista en Rehabilitación Oral.
3. Historia clínica de consulta por Odontología General.
4. Recomendaciones del especialista por Odontología General.

TRAMITE SURTIDO POR EL JUZGADO

Por auto de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil veintidós (2022).), se admitió la solicitud de tutela y se notificó a la entidad accionadas.

La entidad accionada la DUSAKAWI EPSI, a través del Profesional Jurídico (E), doctor; Geraldine Figueroa Puche, contesto el requerimiento hecho por el juzgado informando lo siguiente:

En cuanto al hecho PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUANTO, QUINTO SEXTO, SEPTIMO OCTAVO, NOVENO, DECIMO, DECIMIO PRIMERO, DECIMO SEGUNDO, DECIMO TERCERO DECIMO CUARTO, DECIMO QUINTO, DÉCIMO NOVENO, VIGÉSIMO, VIGÉSIMO PRIMERO, VIGÉSIMO TERCERO indica que no le consta, son apreciaciones de la usuaria que no son probadas en el expediente, en razón a que no se aportan Historias clínicas que fundamenten este hecho.

Al hecho DÉCIMOSEXTO: indica que no les consta, ya que la usuaria aporta una cotización con un prestador que no está adscrito a la red de prestadores de la EPS TAL Y COMO SE EVIDENCIA EN ESTE HECHO.

indica en el DÉCIMO SEPTIMO: No nos consta, sin embargo, no dudamos de las molestias que la usuaria esté presentando como fundamento de la radicación de esta Acción.

Manifestó en el hecho DÉCIMO CTAVO: que es cierto, tal como se evidencia en la cotización de servicio emitida por prestador no adscrito a la RED DUSAKAWI EPSI.

En cuanto al hecho VIGÉSIMOSEGUNDO: indica que no les consta, no tenemos conocimiento de la fuente que le proporcionó esta información a la usuaria, sin embargo, cabe resaltar que todas las IPS manejan su cronograma de atenciones, en este caso el cambio de prestador facilitará el agendamiento de citas para la continuidad del tratamiento.

Frente a las pretensiones del accionante manifestó que una vez se tuvo conocimiento de la presente acción de tutela, el caso fue verificado por las áreas encargada de realizar las gestiones administrativas pertinentes, en virtud de dar solución a la situación de la señora ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE identificada con Cédula de ciudadanía No 1065824491, y efectivamente se encuentra afiliada a la EPSI DUSAKAWI. Y una vez hecha la revisión de su expediente, se logra establecer que no fueron aportadas las Historias Clínicas que sirvieran como fundamento de las pretensiones de la usuaria, y el expediente solo cuenta con unas radiografías y una cotización de servicio realizada por un prestador NO ADSCRITO a la red de la EPSI, y que sin embargo, en aras de atender al Derecho de la Libre Escogencia de la EPS de la usuaria y garantizar solución a las necesidades de la accionante, se gestionó el cambio de prestador de KANKUAMA IPS para DUSAKAWI IPS.

Manifiesta la accionada que se hace necesario para la EPSI contar con LA Historias Clínicas por medio del cual se obtengan soportes médicos donde se pueda identificar con certeza y objetividad el estado de salud de la paciente, el tratamiento y/o procedimientos a seguir para atender sus padecimientos, que esa EPSI tiene toda la disposición de facilitarle al accionante una valoración técnica, científica y oportuna en aras de establecer la naturaleza de los padecimientos presentados y así se puedan determinar las prescripciones necesarias para que su salud se mejore.

Aduce que la EPSI procedió a realizar la autorización y agendamiento para la consulta por primera vez con especialista en odontología general en la IPS DUSAKAWI, la cual se encuentra ubicada al interior del HOSPITAL ROSARIO PUMAREJO DE LOPEZ a fin de que el odontólogo tratante le realizara las prescripciones correspondientes al caso de la usuaria y así desde la EPSI, garantizar la prestación de los servicios odontológicos que la paciente requiere en virtud de recuperar su salud dental. La cita fue agendada para el día 2 de agosto de la anualidad a las 3:20 de la tarde en la IPS antes mencionada y fue notificada a la usuaria a través de comunicación telefónica.

Que, de lo anterior, efectivamente el usuario asistió a la cita programada, en la cual fue valorada por el especialista quien observó a través del Examen Clínico Intraoral, el hallazgo de resinas desadaptadas de las piezas dentarias número 36, 46, 47, caries múltiples en piezas dentarias y mordida abierta anterior, tal como se evidencia en la historia clínica anexa al presente escrito. Por consiguiente, el médico tratante a través del plan de manejo, le prescribió 18 resinas en virtud de las piezas afectadas y remisión para Rehabilitación de Salud Oral.

En cuanto a las resinas prescritas por el especialista en Odontología General, no requieren de autorización para ser realizadas, basta con que la usuaria agende cita en DUSAKAWI IPS quien es el prestador autorizado para continuar con su tratamiento. En cuanto a la remisión para Rehabilitación de Salud Oral, esta fue autorizada con el prestador DENTISANA, tal como se evidencia en la autorización anexada al presente, y para la cual se requiere que la paciente realice el agendamiento de cita, teniendo en cuenta su horario laboral.

Por otro lado, es de aclarar que la cita para Rehabilitación de Salud Oral es vital para la continuación del tratamiento, debido a que el especialista hará las remisiones y prescripciones correspondientes a todas y cada una de las necesidades de la paciente. Por esta razón se requiere primeramente del agendamiento de esta, antes de la realización de las resinas prescritas, de esta manera habrá lugar a la efectividad de la prestación de los servicios por parte de la EPSI.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Juzgado determinar 1. Si el criterio del médico no adscrito a la red de prestadores de servicios de la EPS la que se encuentra afiliado el actor resulta vinculante y en ese orden se vulnera el derecho a la salud al no autorizar los tratamientos ordenados por este. 2. Si la accionada vulnera el derecho a la libre escogencia del actor al no acceder a autorizar su atención en una distinta a aquella que inicialmente la atendiera.

SOLUCIÓN

La respuesta que viene al primer problema jurídico es que el concepto del médico externo a la red de prestadores de salud de la IPSI no es vinculante para esta toda vez que no se reúnen los presupuestos expuestos en la jurisprudencia atendiendo que no se aporta siquiera historia clínica que apoye el concepto tal como se cuestionó por la accionada y que fue el sustento de asignar una cita con un odontólogo general de la EPS a la que está afiliado el actor a efectos de una nueva valoración ante la ausencia de registros clínicos del médico externo y se constata que ya fue valorada y está en espera de la cita para rehabilitador oral a efectos de dar continuación con su tratamiento. Y no se ha vulnerado el derecho a la salud al no autorizarse los tratamientos ordenados por esta toda vez que se verifica que la EPSI, remitió al accionante a un médico general quien luego de una valoración ordenó un tratamiento y lo derivó a un especialista rehabilitador oral que hace parte de la red de prestadores de servicios de ésta. No obstante, el despacho en ras de garantizar el derecho a la salud ordenará a esta última que expida autorización como quiera que no se acompañó a la contestación prueba de haberse autorizado conforme lo ordenó el médico general de su propia red. Por otra parte en relación al segundo problema jurídico la respuesta es no tutelar el derecho a la libre escogencia por considerar que la accionada o lo ha transgredido al constatarse que se ha autorizado su atención en una distinta a la que se le venía atendiendo.

DISPOSICIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La institución de la Acción de tutela es un mecanismo novedoso y eficaz, consagrado en el artículo 86 de nuestra Carta Magna, desarrollada mediante la expedición del Decreto 2591 de 1.991, la que tiene operatividad inmediata cuando quiera que a una persona se le violen o amenacen derechos constitucionales fundamentales, por la acción u omisión de una autoridad pública y excepcionalmente por particulares. Por tal razón, puede ser ejercida ante los Jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo a través de representante o agenciando derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa.

Dicha herramienta se establece como uno de los elementos invaluable del Estado social democrático de derecho, anclado en la prevalencia del hombre y el reconocimiento de los derechos que le son ingénitos, los derechos fundamentales de la persona.

DERECHO A LA SALUD

En cuanto al derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución Nacional, se establece que, es un servicio público a cargo del Estado, con miras a garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Asimismo, es un derecho fundamental, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Ley 1751 de 2015.

En lo que respecta al derecho a la salud, se ha dicho por la Jurisprudencia Constitucional que, es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Definición que responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales. (subrayas fuera de texto)

DERECHO A LA SALUD ORAL.

El Acuerdo 029 de 2011 establece como exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, *“tratamientos de periodoncia, ortodoncia, implantología, dispositivos protésicos en cavidad oral y blanqueamiento dental en la atención odontológica, diferentes a los descritos en el presente acuerdo”*.

Con respecto a tratamientos, cirugías, correcciones y rehabilitación de la salud oral la Corte Constitucional ha sostenido que en ciertos eventos, aun cuando se encuentran excluidos del PBS, pueden ser amparados mediante la acción de tutela, cuando se encuentren encaminados a recuperar el estado de salud oral del paciente y le permitan restablecer la vida digna y la integridad física, es decir, siempre y cuando cumplan con los presupuestos establecidos para inaplicar las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud.

La jurisprudencia constitucional en ocasiones ha relacionado los procedimientos médicos estéticos con el concepto de “vida digna”, para amparar en fallos de tutela aquellos que buscan “aminorar un sufrimiento o facilitar un mejor modo de vida”, aun cuando legalmente estos tratamientos o procedimientos médicos se encuentren excluidos del PBS, según las

circunstancias de cada caso y necesidades de cada paciente. De este modo, las entidades promotoras de salud deben analizar, en cada caso, si el tratamiento médico prescrito puede ser funcional así tenga una mejoría de carácter estético, pues estas tienen la capacidad técnica y científica para evaluar qué tipo de tratamiento se requiere para restablecer la salud y evitar dolor y traumas y así mejorar la calidad de vida y la integridad física del paciente.

En ese sentido, en la sentencia T-402 de 2009 la Sala Sexta revisó un caso de una señora de 46 años de edad con diagnóstico de “Eritema Gingival Encías Endematozadas”, razón por la cual el médico tratante había prescrito un tratamiento de rehabilitación oral excluido del PBS, lo que motivó a la EPS a negar la prestación del servicio. En esta oportunidad, la Sala decidió tutelar el derecho a la salud de la paciente, recalando que aun cuando los tratamientos o procedimientos de restablecimiento de la salud oral son No PBS, cuando se logra verificar que en el caso concreto la falta del suministro de un tratamiento odontológico compromete la integridad personal, la salud o la vida en condiciones dignas de un paciente y responden a la necesidad de solucionar problemas funcionales procede la acción de tutela para ordenar el suministro del servicio.¹

Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho a la salud y la vida digna cuando las entidades promotoras de salud niegan los servicios, medicamentos o procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, pero que se requieren con necesidad, para restablecer una función orgánica del cuerpo.

NECESIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN MÉDICA COMO COMPONTE DEL DERECHO AL DIAGNÓSTICO.

Corte Constitucional ha sostenido que en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud la competencia para establecer si una persona requiere determinado procedimiento, intervención o medicamento recae, en principio, en el médico tratante, debido a que este es quien cuenta con la formación académica necesaria para evaluar la procedencia científica de un tratamiento, a la luz de las condiciones particulares de cada paciente²

En armonía con ello, la Ley 23 de 1981 estableció que el ejercicio de la profesión médica “(...) *tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religión*. En un sentido semejante, ese precepto también determinó que el profesional de la salud “(...) *no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen y que, además, “(...) no expondrá a su paciente a riesgos injustificados*.”

24. A partir de esas disposiciones, este Tribunal ha sostenido que los médicos están en la obligación de prescribir tratamientos que efectivamente se adecúen a la condición del paciente, es decir, procedimientos que resulten idóneos a la luz de las condiciones clínico-patológicas del enfermo¹. En tal sentido, la sentencia T-234 de 2007 explicó que “(...) *cuando las razones para no autorizar un examen o tratamiento médico sugieren que éste no es el propio para su patología, esto es, en palabras de la ley 23 de 1981 innecesario o injustificado, entonces quiere decir que no es idóneo*.”

25. Por otra parte, además de la adecuación técnica de la terapia médica a la situación del paciente, la Corte ha destacado que a partir del grado de efectividad que puede tener un procedimiento para tratar las patologías de un ser humano se logra derivar una situación distinta que, a su vez, supone una consecuencia jurídica diversa. Ciertamente, esta Corporación ha reconocido que la observación estricta de los protocolos médicos no conlleva *per se* a la consecución de los resultados físicos esperados en el paciente, pues el éxito de cada intervención está condicionado por una extensa serie de factores previsibles y no previsibles. Por ese motivo, la responsabilidad de los profesionales de la salud “(...) *por las reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto*.”

Como resultado de ello, la práctica de un procedimiento médico no está supeditada solamente por la idoneidad del mismo, sino que también se condiciona por el análisis que se realice en cada caso acerca de su efectividad, a partir de las probabilidades de recuperación, los riesgos previsibles y la estimación de las posibles contingencias inesperadas. En cualquier caso, la Corte ha explicado que esa distinción no es en absoluto radical, sino que, por el contrario “(...) *no tiene límites tajantes, pues por un lado la ambigüedad del lenguaje no lo permite y por otro la inconveniencia de un procedimiento médico puede interpretarse como falta de idoneidad del mismo*.” No obstante, en torno a esa incertidumbre esta Corporación también ha sostenido que:

“(...) *dentro de la cultura general a la que pertenece nuestra cultura médica, es posible afirmar que una cosa es la valoración consistente en que de la condición del paciente y a partir de un criterio médico-científico un tratamiento determinado no es el propio para su patología, es decir no es idóneo; y otra distinta la que supone que la realización de un procedimiento médico depende de la expectativa de los beneficios a conseguir por el paciente, es decir de su grado de efectividad, y de la comparación de esta expectativa con la de los riesgos que implica, esto es, que sea discutible su conveniencia*.”

¹ Dicha sentencia fue reiterada en la T-198 de 2011.

² T-508 de 2019

26. Como se anticipó, la Corte Constitucional ha precisado que las implicaciones prácticas y las consecuencias jurídicas de la determinación de idoneidad o inconveniencia de un procedimiento médico son distintas. Por ello, a continuación, la Sala se ocupará de hacer una breve relación de cada uno de esos escenarios.

27. En torno a la noción de idoneidad, este Tribunal ha destacado que los jueces carecen del conocimiento necesario para prescribir los tratamientos médicos requeridos por un paciente y que, además, la competencia para prescribir tales medicamentos o intervenciones recae, *prima facie*, en el médico tratante. Esa premisa, a su vez, se origina en tres motivos esenciales, a saber: (i) la preparación profesional y técnica que poseen los galenos, (ii) el conocimiento acerca de la historia clínica del enfermo y, además, (iii) el hecho de actuar en nombre de la entidad promotora de salud. Sobre ese aspecto, a través de la sentencia T-345 de 2013, esta Corporación puntualizó lo siguiente:

“(…) siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos, tal como podría ocurrir en el caso concreto.

28. Aunado a lo anterior, esta Corporación ha decantado un conjunto de criterios a partir de los cuales se deriva la facultad exclusiva de los profesionales de la salud para ordenar los tratamientos requeridos por los individuos. Veamos:

(i) Necesidad: El médico es quien posee el conocimiento técnico y científico para determinar cuál es el examen, tratamiento o intervención que se requiere para tratar las patologías que padece una persona.

(ii) Responsabilidad: Con base en el régimen que regla la actividad médica en el país, se origina un compromiso entre los profesionales de la salud y sus pacientes, con ocasión de los servicios que prescriben los primeros.

(iii) Especialidad: Las características propias del cuidado físico de las personas impiden que se pueda suplantar el criterio médico por el jurídico.

(iv) Proporcionalidad: A pesar de las particularidades propias del ejercicio de la actividad médica, ese ámbito no es incontrolable, pues, dadas las condiciones de su actividad, los galenos están obligados a desempeñar sus funciones con especial cuidado a favor de los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, la intervención que excepcionalmente efectúen los jueces para asegurar la efectividad de las garantías superiores debe ser especialmente cuidadosa.

En relación con este último parámetro, en la sentencia T-059 de 1999, la Corte sostuvo que en el marco de un Estado Social de Derecho no existen autoridades que resulten ajenas a la vigencia de la Constitución y, además, se puntualizó que:

“(…) el juez debe ser muy cuidadoso al adentrarse en esos terrenos, los cuales exigen conocimientos especializados que no posee el funcionario judicial. Es decir, la intervención del juez no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico por los criterios y conocimientos del juez, sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente. Por lo tanto, su intervención en la relación médico - paciente sólo debe darse en situaciones extremas, tal como ocurre cuando la decisión del médico pone gravemente en peligro los derechos de las personas.

29. En suma, la potestad para determinar la idoneidad de un servicio de salud recae en los médicos y no le corresponde al paciente, o incluso a los jueces de la República, valorar la adecuación científica de esos procedimientos a la luz de las condiciones particulares de cada persona.

30. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la inconveniencia de la práctica de un procedimiento médico, la Corte Constitucional ha sostenido que en esos casos se debe asegurar la supremacía de la autonomía del paciente.

En consonancia con ello, la doctrina constitucional ha precisado que esa potestad guarda íntima relación con el carácter pluralista del Estado colombiano y los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Sobre tal aspecto, es oportuno destacar que en el marco establecido por la Constitución Política de 1991 se asegura el respeto por las decisiones autónomas de cada individuo, siempre y cuando no interfieran en el goce efectivo de los derechos de los demás. La vigencia de la libertad individual, entonces, constituye un pilar esencial de la sociedad colombiana, en tanto garantiza que todos los seres humanos que residen en el país tienen la posibilidad de establecer un proyecto de vida personal y actuar conforme a él.

31. En relación con este punto, la jurisprudencia constitucional es profusa y consistente. Véase, por ejemplo, que desde la sentencia C-221 de 1994 se estableció que:

“El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. || [...] || Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia.

32. Asimismo, en la sentencia T-234 de 2007, se aseguró que:

“(...) en el punto específico de decisiones concernientes al cuidado de la salud, la Corte ha realizado la garantía del derecho de autonomía persona. De la condición personal de la salud se desprende pues, una valoración individual, única y respetable de la dignidad, que puede justificar la decisión de no vivir más, por ejemplo. Así como, el caso contrario también forma parte de la esfera individual e inviolable de las personas, cual es el de tomar la decisión de continuar viviendo en condiciones que para la mayoría serían de suma indignidad.

En sentencia T- 508 de 2018 se sostuvo

La Corte ha expresado “que la expedición de una opinión profesional en un tiempo adecuado es común a todas las patologías y que el derecho al diagnóstico debe materializarse de forma completa y de calidad 3.

En un sentido semejante, a través de su jurisprudencia este Tribunal ha identificado tres escenarios en lo que se transgrede este componente del derecho fundamental a la salud. Veamos:

“(i) Cuando la Empresa Promotora de Salud o su personal médico rehúsan o demoran la emisión de cualquier tipo de diagnóstico respecto de los síntomas que presenta el paciente. || (ii) Cuando la Empresa Promotora de Salud, con base en razones financieras –exclusión del POS–, administrativas o de conveniencia, niega al paciente la práctica de un examen o se rehúsa a autorizar la remisión al especialista a pesar de haber sido ordenadas por el médico tratante adscrito a la misma. || (iii) Cuando la Empresa Promotora de Salud se niega a autorizar las prescripciones –exámenes, remisión al especialista, medicamentos o procedimientos médicos– dadas por un médico no adscrito a la misma, precisamente por no haber sido emitidas por personal médico propio”.

Incluso, en algunas decisiones este Tribunal ha señalado que el incumplimiento de la obligación de ofrecer una valoración oportuna infringe otros derechos fundamentales. Véase, por ejemplo, que en la sentencia T-1041 de 2006 se estableció que *“(...) la demora injustificada en la atención de las enfermedades ordinarias, ocasionada por la falta de diagnóstico, supone un ilegítimo irrespeto al derecho a la dignidad humana, toda vez que dicha actuación dilatoria obliga al paciente a soportar las inclemencias de su dolencia, siendo éstas evitables con la puntual iniciación del tratamiento médico”.*

Bajo esa perspectiva, se puede concluir que el derecho al diagnóstico se compone de tres dimensiones: la identificación, la valoración y la **prescripción**. A su vez, esta garantía tiene como finalidad la consecución material, y no solamente formal, de una efectiva evaluación acerca del estado de salud de un individuo. Es decir, el derecho al diagnóstico no se satisface solamente con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, sino que implica que (i) se establezca con precisión la naturaleza de la enfermedad padecida por la persona, (ii) se determine con él *“(...) máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al ‘más alto nivel posible de salud’*”, y (iii) se suministre la medicación o las terapias de forma oportuna.

Ahora bien, como quiera que en la respuesta emitida por la accionada SALUD TOTAL EPS, se aduce como argumento para la negación de lo solicitado por la actora que se trata de un procedimiento cosmético es de traer a colación la siguiente jurisprudencia.

CIRUGÍAS COSMÉTICAS VS FUNCIONALES

Se debe resaltar que hay dos tipos de intervenciones quirúrgicas que pueden parecer similares pero tienen diferentes finalidades. 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 contrarrestar las afecciones psicológicas que atentan también contra del derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

Ahora bien, las cirugías que se enmarcan dentro de la clasificación de estéticas, cosméticas o suntuarias, por regla general, no se encuentran cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, así como tampoco los efectos secundarios previsibles que de este tipo de procedimientos se puedan llegar a derivar

La Corte Constitucional ha señalado que una cirugía será calificada como estética o funcional con base en una valoración o dictamen científico que se encuentre debidamente soportado. Dicha clasificación no puede ser realizada con base en parámetros administrativos o financieros de la entidad prestadora del servicio de salud y, mucho menos, de los criterios subjetivos del paciente que solicita la realización de la intervención.

La Corte Constitucional ha reiterado que: “existen cirugías estéticas que persiguen dos propósitos distintos: el estético o cosmético cuando buscan mejorar tejidos sanos para embellecer el cuerpo, y el funcional o reconstructivo cuando son necesarias para tratar una enfermedad” 4

Esa Alta Corporación ha señalado unos criterios para saber en qué casos se está o no ante una cirugía estética o una reconstructiva: “la cirugía estética con fines de embellecimiento es aquella que no tiene una patología de base y busca exclusivamente embellecer o rejuvenecer tejidos sanos o normales de las personas. A su turno, la cirugía estética reconstructiva (incluida en el P.O.S.) tiende a recuperar la forma o la función perdida como consecuencia de un trauma o una enfermedad”.

EL DERECHO A ACCEDER A LOS SERVICIOS QUE SE ‘REQUIERAN’.

Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que *requiera*, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad.^[162] El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuales depende su mínimo vital y su dignidad como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud, depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al Sistema de Salud.

El legislador ha establecido de forma categórica que ‘*las Entidades Promotoras de Salud –EPS– en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento*’ (artículo 14, Ley 1122 de 2007).^[163] De acuerdo con la propia legislación, el ‘aseguramiento en salud’ comprende (i) la administración del riesgo financiero, (ii) la gestión del riesgo en salud, (iii) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (iv) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (v) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Así, por ejemplo, si un empleador no paga los aportes en salud de uno de sus empleados, eso no exime a la EPS de garantizar la prestación de los servicios de salud que requiere, sino que autoriza a la entidad a repetir contra el empleador, por el costo de aquellos servicios que no le corresponda asumir. La Corte Constitucional ha reconocido “*varias alternativas para solucionar los conflictos planteados por el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en salud. Esas alternativas de protección parten de considerar que el trabajador no tiene por qué sobrellevar las consecuencias del incumplimiento del empleador o de las disputas que surjan entre él y la entidad prestadora del servicio. En cualquier condición, el trabajador tiene derecho a que se atiendan sus demandas de seguridad social en salud.*”^[164] A partir de la Ley 1122 de 2007, garantizar la prestación de los servicios de salud que la persona requiera es responsabilidad de las EPS, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado (art. 14, Ley 1122 de 2007).

EL CONCEPTO CIENTÍFICO DEL MÉDICO TRATANTE ES EL PRINCIPAL CRITERIO PARA ESTABLECER SI SE REQUIERE UN SERVICIO DE SALUD, PERO NO ES EXCLUSIVO.

En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.^[165] La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.^[166]

No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en

4 (Corte Constitucional, Sentencias T-793 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-579 de 2017 y T-579 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; y T-392 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.^[167] Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,^[168] sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.^[169] También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’,^[170] incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.^[171]

Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios.^[172] En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo.^[173]

La jurisprudencia constitucional ha tutelado el derecho a la salud cuando el servicio se ‘requiere’, por ser ordenado por el médico tratante, pero no así cuando el servicio es ‘útil’ y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable.^[174] En tal evento, por ejemplo, ha fijado un límite al derecho.

Ahora bien, en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que *requiera*, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un *irrespeto* el derecho a la salud.^[175]

ACCESO A LOS SERVICIOS QUE SE REQUIERAN, INCLUIDOS Y NO INCLUIDOS DENTRO DE LOS PLANES OBLIGATORIOS.

Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se *requieran* (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.

4.4.3.1. De acuerdo con la ley (Ley 100 de 1993) las personas tienen derecho a acceder, en principio, a los servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud (art. 162). Si las personas están afiliadas al régimen contributivo pueden acceder a todo el plan obligatorio de servicios, pero las personas beneficiarias del régimen subsidiado, temporalmente, sólo pueden acceder a una parte de los servicios contemplados en el Plan (sobre esta diferencia la Corte se pronunciará posteriormente).^[176] Así pues, el acceso a los servicios de salud que se *requieran* y estén contemplados dentro de los planes obligatorios, está garantizado constitucional y legalmente.

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud*.^[177] Así pues, ‘no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.’^[178] La jurisprudencia ha precisado las condiciones en las cuales la vulneración al derecho a acceder a un servicio fundamental a la salud es tutelable, en los siguientes términos: una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),^[179] (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,^[180] (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad,^[181] o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.^[182] La Corte Constitucional ha concedido el amparo de tutela en casos similares, una vez verificadas las condiciones aquí señaladas.^[183] En otras palabras, *toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, contemplados dentro del plan de servicios del régimen que la protege*.

La Corte Constitucional ha considerado constitucional la existencia de dos planes obligatorios de salud con contenidos distintos. El primero de ellos, el POS, con los contenidos que se consideran básicos, y al cual tienen derecho las personas

que hacen parte del régimen contributivo. El segundo plan de beneficios es el que se garantiza a las personas que forman parte del régimen subsidiado (POS subsidiado), el cual sólo contempla algunos de los servicios contenidos en el primero. Por esta razón, si bien es constitucional que democráticamente se establezca un trato diferencial en el goce efectivo del derecho a la salud entre aquellos que contribuyen al Sistema de Salud y aquellos que son beneficiarios por solidaridad, en razón a las capacidades financieras y administrativas de la sociedad y del Estado, éste ha de ser temporal. Como se ha reconocido internacionalmente, el derecho a la salud se *'desprende de la dignidad inherente de la persona humana'*. No es posible, por lo tanto, aceptar indefinidamente que a las personas que menos recursos tienen en la sociedad sólo se les garantice el acceso a algunos de los servicios de salud que se consideran básicos. La obligación de unificar los planes de servicios de salud del régimen contributivo y subsidiado, surge pues, del deber constitucional de garantizar a toda persona el acceso a los servicios de salud en condiciones de universalidad y equidad (art. 49, CP; art. 2 y 12, PIDESC). De hecho, de acuerdo con el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Colombia tiene la obligación de *'garantizar el ejercicio'* del derecho a la salud (artículo 12 del Pacto), sin discriminación alguna, entre otras razones, por motivos de *'posición económica'*.

De acuerdo con esta Corporación, *"es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos"*.^[184] La obligación de unificar los contenidos de los planes de salud a los cuales tienen acceso los ciudadanos es pues, de carácter progresivo. Su cumplimiento no puede ser exigido inmediatamente, pues supone la realización de una serie de acciones complejas en las que intervienen diversos actores. Ahora bien, la progresividad justifica que se avance por partes, de forma gradual, pero no es una excusa para la inacción. Específicamente, con relación a la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud en condiciones de equidad, el carácter progresivo de esta obligación no puede convertirse en una excusa para aceptar, de forma permanente, la existencia de diferencias en el acceso a los servicios de salud que se requieran, ligadas a la capacidad de pago de las personas, esto es, a su *'posición económica'*.

No obstante, vale señalar que el acceso a dichos servicios incluidos dentro de los planes de salud es en algunos casos una garantía meramente formal, puesto que en la práctica las personas no tienen acceso al servicio y no gozan efectivamente su derecho a la salud. Así lo ha demostrado la Defensoría del Pueblo en sus estudios sobre la cuestión.^[185] En este campo se han dado pues, dos tipos de violaciones al derecho a la salud. Por una parte, las entidades aseguradoras han *irrespetado* en ocasiones el derecho a la salud de las personas, al poner barreras y obstáculos para que estos puedan acceder a los servicios contemplados y financiados. Pero por otra parte, el estado no ha *protegido* el derecho de las personas, pues no ha adoptado las medidas adecuadas y necesarias para evitar que estas entidades lo *irrespeten*. Posteriormente la Sala analizará esta situación (*ver apartado 6.1.4.1.*), y adoptará medidas orientadas a superar esta situación (*ver apartado 6.1.4.2.*). Para la Corte Constitucional, conlleva un irrespeto especialmente grave al derecho a la salud, el no garantizar el acceso a un servicio de salud que se requiere y está incluido dentro del plan obligatorio de salud aplicable, con base en la errada consideración de que dicho servicio no se encuentra incluido dentro del plan, o más grave aún, afirmar que se encuentra excluido del mismo.^[186]

Ahora bien, algunos de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, pueden estar sometidos a *pagos moderadores*, pero en ningún caso estos se pueden convertir en barreras de acceso para las persona que carezcan de recursos. Tales casos, en los que la persona requiere el servicio *con necesidad*, por carecer de los recursos que le correspondería asumir, serán analizados posteriormente (*ver apartado 4.4.5.*).

4.4.3.2. De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que *requiera*. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona *requiere* un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien *requiere* el servicio.

4.4.3.2.1. Al principio, la regulación (Ley 100 de 1993) guardó silencio respecto a la forma para acceder a todos aquellos servicios que una persona *requiriera* y que estuvieran por fuera del plan obligatorio de servicios, incluso en el caso de que la persona pudiera morir o que la ausencia del servicio implicara un dolor y un sufrimiento enorme a la persona. Es la regulación, no la ley, la que posteriormente trata de resolver el punto, indicando que las entidades aseguradoras de la prestación de servicios no podían autorizar ningún servicio por fuera de los planes de servicios.^[187] De tal forma que, en principio, un servicio de salud que alguien requiriera y no estuviera en el plan, debía ser obtenido por la persona de forma individual, asumiendo el costo del mismo. De tal suerte que en este primer momento, la única forma para poder acceder a un servicio de salud requerido que estaba por fuera del plan obligatorio de salud correspondiente, cuando se carecía de los medios económicos para poder acceder al mismo por cuenta propia, era mediante una acción de tutela. A esta situación, requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará en adelante, *requerir con necesidad* (también ocurre esta situación, por ejemplo, cuando el servicio se encuentra

contemplado en el plan obligatorio, pero sometido a un pago moderador que rebasa la capacidad económica del interesado (al respecto, *ver apartado 4.4.5.*)

Desde el inicio, la jurisprudencia constitucional fue depurando las condiciones en las cuales una persona tenía derecho a que se le tutelara su derecho a acceder al servicio de salud que requería y no le era autorizado por la entidad encargada de asegurar la prestación.^[188] Fundándose en la conexidad que existe entre el derecho a la salud y otros derechos fundamentales como el derecho a la vida o a la integridad personal, se tuteló el acceso tanto a servicios incluidos en los planes de salud como a servicios no incluidos en dichos planes. De hecho, las primeras sentencias, incluso una vez expedida la Ley 100 de 1993, se produjeron en un contexto en el cual no habían sido definidos los contenidos del plan obligatorio de salud (POS), y era preciso aplicar la regulación existente, anterior a la Constitución de 1991.^[189] En el año de 1997 la jurisprudencia constitucional estableció de forma precisa las condiciones en las cuales una persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud, no contemplado en los planes obligatorios. En efecto, en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-480 de 1997, la Sala Plena de la Corte reiteró la decisión jurisprudencial según la cual la negativa a entregar servicios no incluidos en el listado oficial, como medicamentos, puede vulnerar el derecho a la vida,^[190] y fijó expresamente las condiciones de acceso a servicios no incluidos en los planes obligatorios.^[191]

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera *‘con necesidad’* (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

4.4.3.2.2. Al finalizar el año 1997, en el mes de diciembre, la administración resolvió ajustar la regulación existente a los mandatos constitucionales vigentes, acogiendo la decisión de garantizar el acceso de algunos servicios de salud no contemplados en el plan obligatorio de salud, con el fin de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud y el derecho a la vida a las personas. Expresamente, el primer inciso del artículo 8° del Acuerdo 83 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud señalaba: *‘para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo’*. La misma norma, en su último inciso, resolvió dar la competencia para tomar estas decisiones a los Comités Técnicos Científicos que se deberían crear en todas las entidades de salud.^[192] Los Comités Técnicos Científicos habían sido contemplados por la Ley 100 de 1993 (art. 188) para resolver, en primera instancia, las reclamaciones acerca de *‘hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud’*, en especial cualquier tipo de discriminación.^[193] Ahora se les daba a los Comités la competencia para garantizar el acceso a servicios de salud no contemplados en plan obligatorio de salud, pero sólo en el caso de los medicamentos “no incluidos” en el manual oficialmente adoptado.

La regulación sobre el Comité Técnico Científico en toda entidad encargada de garantizar la prestación de servicios de salud, sus competencias y el procedimiento a seguir para autorizar el suministro de medicamentos no incluidos en los planes obligatorios de salud, ha sido modificada en varias ocasiones desde que fue expedida, manteniendo a lo largo del tiempo, sus lineamientos generales.^[194] En la actualidad, autorizar medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de servicios sigue siendo una de las principales funciones que otorga la regulación al Comité Técnico Científico.

Ahora bien, con relación a todos aquellos servicios de salud que una persona requiriera, distintos a medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud, la regulación ha guardado silencio hasta el día de hoy. Existe una *laguna* normativa con relación a cuál es el procedimiento que garantiza a una persona el acceso a tales servicios. Así pues, actualmente las personas tienen que recurrir a la acción de tutela para acceder a los servicios de salud que requieran y no estén incluidos en el POS. La única norma legal que se había establecido con miras a resolver el asunto ya no hace parte del ordenamiento. En efecto, en el año 2000 se estableció expresamente el derecho excepcional a acceder a los servicios no incluidos en el plan obligatorio de salud, *‘cuando estaba de por medio el derecho a la vida’*.^[195] La norma devino inconstitucional porque era parte de un Decreto Extraordinario que se fundó en una ley de facultades que fue declarada inconstitucional.^[196]

Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud.^[197] Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) *la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere*; (ii) *el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio*; (iii) *el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie*; y (iv) *el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo*.”^[198] En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se *requiera* [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] *con necesidad* [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) *esta decisión ha sido reiterada por la*

jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,^[199] como en el régimen subsidiado,^[200] indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,^[201] a la enfermedad que padece la persona^[202] o al tipo de servicio que ésta requiere.^[203]"^[204]

4.4.3.2.3. Existe pues, una división entre los servicios de salud que se *requieren* y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

Con relación al primer caso, es claro entonces que el sistema de salud ofrece dos clases de medicamentos, aquellos que están en el plan obligatorio de salud y aquellos que, requiriéndose y no estando incluidos, son aprobados por el Comité Técnico Científico. Por esto, el Consejo de Estado ha considerado que no incluir dentro del plan obligatorio de salud un medicamento necesario para atender una enfermedad catastrófica (SIDA), no amenaza al derecho colectivo al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, porque *"la no inclusión de medicamentos no impide a las personas acceder a éstos, cuando por prescripción médica sea necesario su consumo."*^[205]

La *laguna* normativa que existe en torno al procedimiento para acceder a los servicios de salud que se *requieran*, no comprendidos dentro del plan, distintos a medicamentos no incluidos, es la principal barrera que existe para poder obtenerlos.^[206] Esta falla en la regulación es una desprotección del derecho a la salud que se ha mantenido a lo largo de las diferentes reformas. El Ministerio de la Protección Social reconoce en una de sus intervenciones que la decisión de restringir el acceso a los servicios de salud que una persona requiera, distintos de medicamentos, es deliberada y consciente, por cuanto se considera, erradamente, que en tal situación el plan de salud sería ilimitado y podría incluir cualquier clase de servicio.^[207] Esta creencia es errada, pues el hecho de que excepcionalmente en un caso concreto una persona requiera un servicio de salud no incluido en el POS, y se le garantice el acceso al mismo, no tiene como efecto modificar el POS e incluir tal servicio. El servicio no incluido al que se haya garantizado el acceso en un caso concreto, permanece como un servicio no incluido dentro del Plan y sólo podrá ser autorizado, excepcionalmente, por las condiciones específicas en que se encuentra el paciente, sin perjuicio de que la experiencia y los estudios lleven a que el órgano regulador decida incluir dicho servicio en el plan de beneficios. Esta laguna normativa, barrera al acceso a los servicios de salud, será analizada posteriormente en términos generales, con el fin de adoptar las órdenes necesarias para evitar que continúe la desprotección del derecho (ver sección 6.1.3.).

4.4.3.3. Dentro de los servicios de salud que el Sistema contempla como obligatorios, especial importancia tienen los servicios de promoción de la salud. En primer lugar, este tipo de servicios garantizan un nivel más alto de salud de una persona, por cuanto buscan evitar o reducir las posibilidades de que sufra un determinado padecimiento en su salud. Así se asegura un mayor goce efectivo del derecho que si sólo se garantiza a la persona el acceso al servicio de salud curativo, una vez sufra el padecimiento que hubiese podido prevenir. En segundo lugar, la prevención de los quebrantamientos de salud que pueda sufrir una persona suele llevarse a cabo mediante servicios que cuestan considerablemente menos que los servicios de salud que se requieren para atender los quebrantamientos una vez estos aparecen. Esto es especialmente relevante en el caso de enfermedades de alto costo, como el VIH/SIDA, cuyo tratamiento es notoriamente más oneroso, tanto para el goce efectivo del derecho de la persona que padece la enfermedad como en términos financieros. Los servicios de salud que se requieren aseguran a las personas no perder la vida, su dignidad o su integridad. He ahí su importancia. Pero son los servicios de prevención en salud los que asegurarán el pleno goce efectivo del derecho a la salud.

4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que *requiera*. Cuando el servicio que *requiera* no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.^[208]

REGLA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS ENTRE EL MÉDICO TRATANTE Y EL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO.

4.4.4.1. Como se dijo antes (ver apartado 4.4.3.2.3.), existe un *vacío* en la regulación, por cuanto si el servicio de salud es distinto a un medicamento, el Comité Técnico Científico, no tiene competencia para autorizar el servicio, y por tanto, la entidad promotora tampoco. En estos casos, el medio de defensa con el que cuenta toda persona para que se le garantice su derecho a acceder a un servicio de salud que requiere, y el cual no está contemplado en el plan de servicios, es recurrir a la protección del juez constitucional, mediante una acción de tutela.

4.4.4.2. Ahora bien, también existe una laguna en la regulación, respecto de las reglas para solucionar los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico, en torno a si una persona requiere o no un servicio de salud no incluido

dentro del POS. En el año 2002, luego de constatar que existía una laguna normativa en torno a la cuestión, y que la misma representaba un obstáculo al goce efectivo del derecho a la salud, la Corte Constitucional decidió que *“mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.”*^[209] En caso de que existan tratamientos sustitutos dentro del Plan Obligatorio de Salud para tratar la enfermedad que la persona padece, y el médico tratante insista, sin embargo, en que se autorice el suministro de un servicio no incluido dentro del plan obligatorio de salud, la aplicación de la regla anterior, asegurará que el concepto del médico tratante no se desconozca, salvo que existan razones médicas para ello.^[210]

4.4.4.3. Teniendo en cuenta que de acuerdo a la regulación, corresponde al médico tratante solicitar al Comité Técnico Científico, la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud respectivo es decir, la realización de un trámite al interior al Sistema de Salud,^[211] la jurisprudencia constitucional considera que una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité.^[212] Para la Corte *‘las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad’*.^[213] En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, *irrespet*a su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio. Dentro del presente proceso la Defensoría manifestó que este es un obstáculo del cual se quejan frecuentemente los usuarios.^[214]

4.4.4.4. Recientemente, el legislador reiteró la competencia del Comité Técnico Científico para considerar medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, en aquellos casos de enfermedad de alto costo, advirtiendo que *‘si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga’* (art. 14, lit. j, Ley 1122 de 2007). Teniendo en cuenta que el derecho a la salud de toda persona es fundamental y que dentro de éste se contemplan la garantía de poder acceder a los servicios de salud que se requieran, en especial, con necesidad, la Corte Constitucional decidió declarar exequible la norma acusada, *“en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes.”*^[215] Esta regla de recobro parcial se constituye pues, en una medida que estimula a las entidades encargadas de asegurar la prestación de los servicios de salud a que tramiten adecuadamente las solicitudes de servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de servicios, y las desestimula a que esperen a ser eventualmente demandadas, puesto que en tal caso le implicaría asumir parte del costo del servicio no cubierto por la UPC.

4.4.4.5. Ahora bien, como el derecho a la salud no es ilimitado, el Comité Técnico Científico no está obligado a autorizar de manera automática cada solicitud del médico tratante. De tal forma que si la solicitud alude a un tratamiento estético, a un asunto dental, o a otro de aquellos que la Corte ha admitido que están razonablemente excluidos del POS (ver sección 3.5.), el correspondiente Comité Técnico Científico podrá invocar la jurisprudencia constitucional para negar la solicitud y el juez de tutela habrá de hacer lo propio respetando los precedentes constitucionales.

LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL PACIENTE.

Aunque la libertad de escogencia tiene un origen legal, la Corte Constitucional ha amparado el derecho de los usuarios a la libre escogencia de EPS o IPS, como una manifestación de varios derechos fundamentales, tales como la dignidad humana, en ejercicio de su autonomía de tomar las decisiones determinantes para su vida, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la seguridad social.

Sin embargo, también ha reconocido que la libertad de escogencia no es un derecho fundamental absoluto, en la medida en que está circunscrito a la existencia de contrato o convenio vigente entre la EPS accionada y la IPS requerida.

Ahora bien, esa misma Corporación ha dicho que además de la limitación respecto a la oferta de servicios: *“(…) la ley también ha dispuesto razonablemente que la libertad que tienen los usuarios de escoger la entidad también está limitada por cuatro condiciones: i) que exista un convenio entre la E.P.S. del afiliado y la I.P.S. seleccionada (artículo 14, numeral 5º, del Decreto 1485 de 1994); ii) que los cambios de instituciones prestadoras sean solicitados dentro de las I.P.S. que tengan contrato con la E.P.S. (artículo 179 de la Ley 100 de 1993); iii) que la I.P.S. respectiva preste un buen servicio de salud y garantice la prestación integral del mismo (parágrafo 1º del artículo 25 de la Ley 1122 de 2007 y, iv) que el traslado voluntario de EPS se haga a partir de un (1) año de estar afiliado a esa EPS (artículo 14, numeral 4º, del Decreto 1485 de 1994).”*

En ese sentido, la libertad que tienen los usuarios de escoger IPS va ligada a dos circunstancias: i) que exista un convenio entre la EPS del afiliado y la IPS seleccionada; y ii) que la IPS respectiva preste un servicio de salud que garantice la prestación integral y de calidad.

LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LAS EPS.

Las empresas promotoras de salud (EPS) son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS. Para ello tienen la libertad de elegir las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS) por intermedio de las cuales van a suministrar los servicios a sus afiliados, y la obligación de suscribir convenios con ellas, para garantizar que la prestación de los servicios sea integral y de calidad.

La libertad que tienen las EPS de suscribir convenios con cualquier IPS, está consagrada en la Ley 100 de 1993, en el artículo 178, que indica como una de sus funciones, la obligación de prestar el servicio de salud en aquellas instituciones prestadoras de salud con que se haya suscrito un convenio.

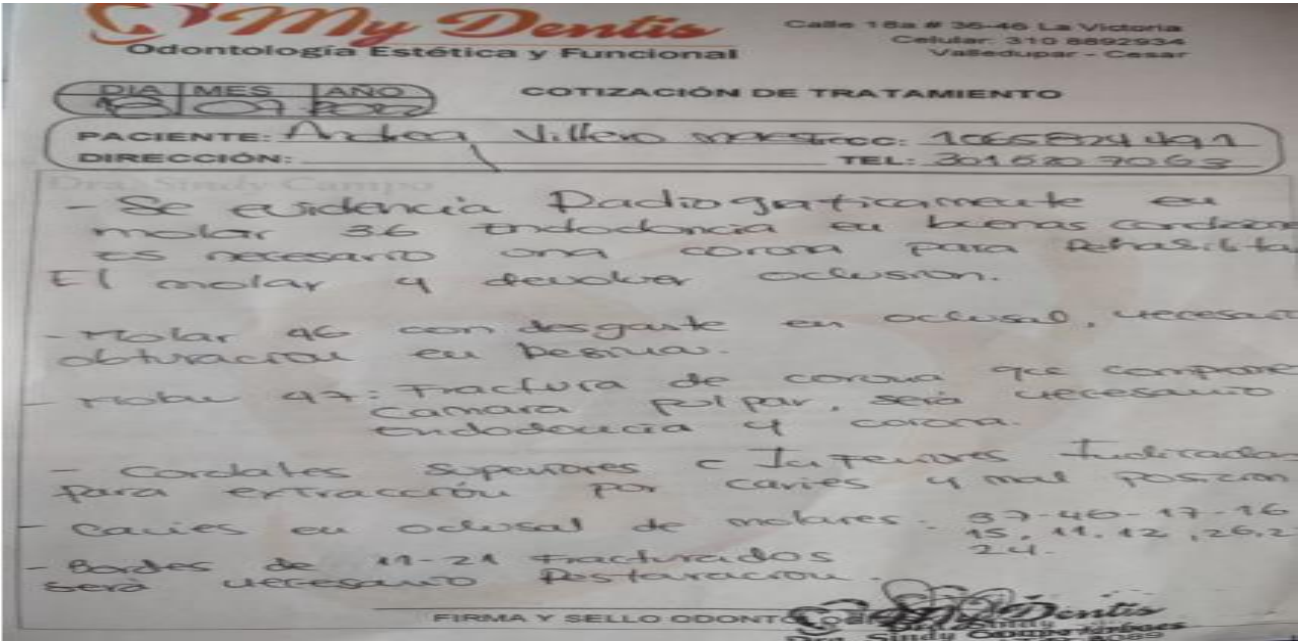
Por lo tanto, la Corte ha manifestado que las EPS tienen plena libertad de conformar su red de servicios, para lo cual cuentan con la facultad de contratar o de celebrar convenios con las IPS que lo consideren pertinente, con la obligación de brindarle un servicio integral y de calidad de salud a los afiliados y de que estos puedan elegir entre las posibilidades ofrecidas por las empresas prestadoras de salud la IPS donde desean ser atendidos.

De esta forma, en aras de garantizar un margen de autonomía a los usuarios y avalar el derecho de las EPS a escoger las IPS con las cuales suscribirá contratos o convenios, ésta tiene la obligación de:

- a) Celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir.
- b) Garantizar la prestación integral y de buena calidad del servicio.
- c) Tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS.
- d) Estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS receptora.

CASO CONCRETO

Descendiendo al presente caso, se tiene que, el accionante ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE reclama la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud en contra de DUSAKAWI EPS y KANKUAMA IPS, con su decisión de no remitirla a otro centro de atención distinto a Kankuama IPSI con profesionales idóneos que realicen las restauraciones de las piezas dentales que lo requieren y los procedimientos necesarios para recuperar la salud perdida de forma idónea. Depreca que se realicen procedimientos que señala necesitar tales como la realización la corona dental requerida en la Pieza 1 en material circonio y los procedimientos que se necesiten para restaurar la pieza en su totalidad 3. Que se me realicen los procedimientos que se necesiten para restaurar la Pieza 2 en su totalidad 4. Que se me realice la restauración de los bordes de las piezas dentales delanteras fracturadas de forma idónea 5. Que las reparaciones y procedimientos aquí solicitados sean realizados con técnicas y materiales idóneos, que cumplan con la funcionalidad de emular, de la forma mas fiel e idónea posible, la funcionalidad, durabilidad, forma y salud perdida, NO con reparaciones o materiales deficientes de baja calidad y durabilidad, es decir, que se realicen con lo idóneo, no con soluciones temporales y de baja calidad como las ya realizadas que me han dejado mas perjuicio. Sino, que sean realizadas con la mejor opción disponible para mi caso particular. 6. Que se me diagnostique y se me realice tratamiento adecuado para la sensibilidad que estoy presentando y que me causa molestia y dolor permanente. 7. Que se me realice extracción de las muelas cordales “Muelas del juicio” 8. Que se me proporcione un protector de bruxismo adecuado (rígido) para proteger las piezas dentales de mas daños (posibles fracturas, perdida, desgaste del esmalte, etc) 9. Que se trate el problema de la mala mordida y se realicen las restauraciones necesarias para devolver mi mordida a una forma correcta. 10. Que se me trate con prontitud, acortando los plazos de solicitud entre cita y cita (que actualmente es de 8 días) o permitiendo que se realice mas de un procedimiento (varias restauraciones) por cita, para evitar un daño mayor, y poder recuperar mi salud oral, general y una vida digna de forma pronta.”, que basa en lo ordenado por un médico no adscrito a la red de prestadores de servicios de la accionada perteneciente a la IPS MY DENTIS ODONTOLOGIA ESTETICA Y FUNCIONAL, no adscrito a la EPS en la cotización hecha al accionante que aporta en la que se evidencia le prescribió los siguientes:



Procedimientos que afirma son necesarios para lograr recuperar un estado de salud oral digno que le permita masticar bien los alimentos y terminar con las dolencias que le viene generando su patología.

CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

Se encuentra satisfecho este requisito por cuánto es la misma actora que los servicios medios que requiere y que la EPS se niega a ordenar.

LEGITIMACIÓN POR PASIVA

Se encuentra demostrado que el actor está afiliado al a EPS accionada por lo que se satisface este requisito.

INMEDIATEZ

De lo aportado con el libelo de la acción de tutela se deriva la acción de tutela en julio de 2022, se tiene que el tiempo transcurrido es razonable y por ello se satisface este requisito.

SUBSIDIARIEDAD.

Ahora bien, y con relación al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, y en lo que en este asunto importa, es sabido que en la actualidad los usuarios del SGSSS cuentan con un mecanismo, en principio, idóneo y eficaz para la protección y restablecimiento de los derechos que se encuentran afectados por la EPS; como lo es acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud, no obstante, la Corte Constitucional ha concluido que en la estructura del procedimiento, se evidencian falencias graves que desvirtúan su idoneidad y eficacia.⁵

En ese sentido la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T 309 de 2018, ha reconocido que en los eventos en los cuales se evidencia el desconocimiento de derechos fundamentales de una persona y se requiere de una mediación inmediata de la autoridad judicial, -como consecuencia de su particular situación-, el procedimiento jurisdiccional establecido en la Ley 1122 de 2007 y modificado por la Ley 1797 de 2016 carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales.

AGOTADO EL ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA, PROCEDE EL DESPACHO A ESTUDIAR DE FONDO EL ASUNTO.

Es de precisar que conforme al material probatorio adosado se encuentra acreditado que el señor ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE identificado con C.C. 1.065.824.491 se encuentra afiliado a la EPSI DUSAKAWI, en el régimen SUBSIDIADO, tal afirmación se puede verificar en la página ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES. Con fecha de consulta 08/08/2022.

5 Corte Constitucional Sentencia T 309 de 2018

FALLO DE TUTELA
Accionante: Andrea Camila Villero Maestre
Accionada: Dusakawi EPS
IKankuama IPSI
Radicado: 200014003007-2022-00493-00.



ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud
Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

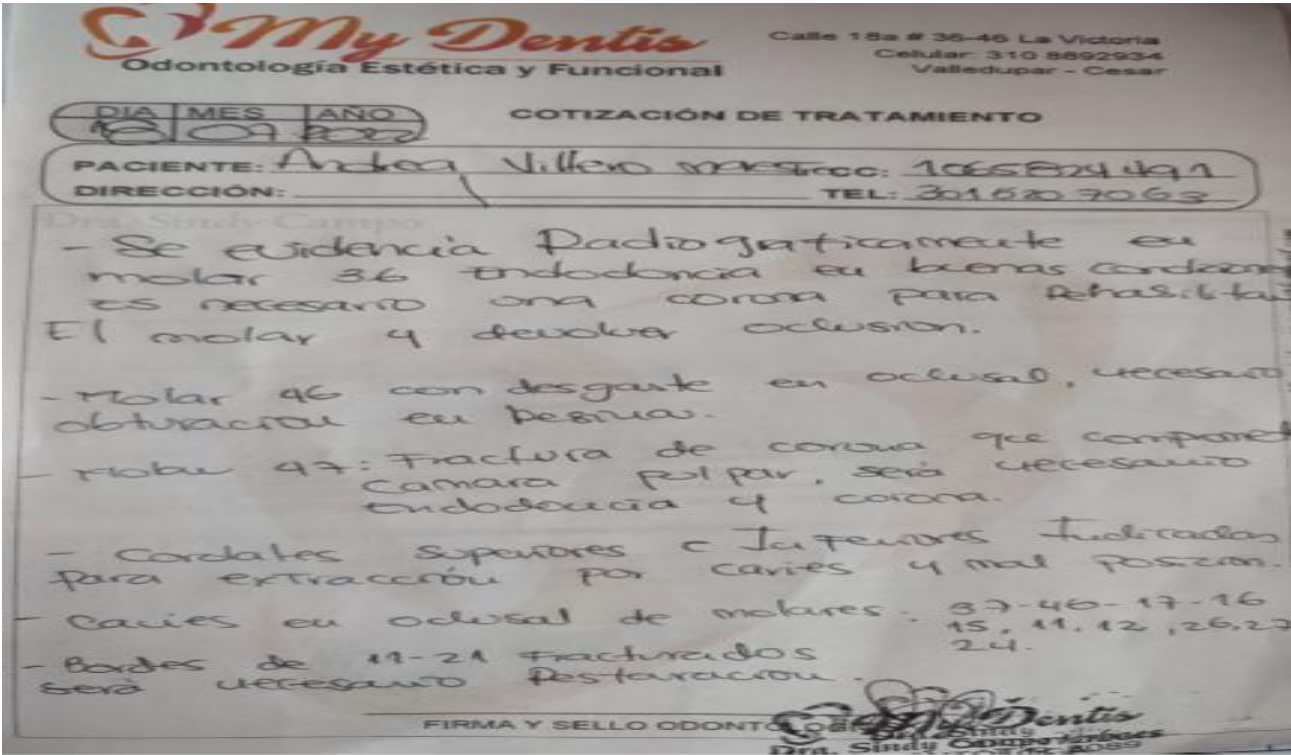
COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACION	1065824491
NOMBRES	ANDREA CAMILA
APELLIDOS	VILLERO MAESTRE
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/**
DEPARTAMENTO	CESAR
MUNICIPIO	VALLEDUPAR

Datos de afiliación :

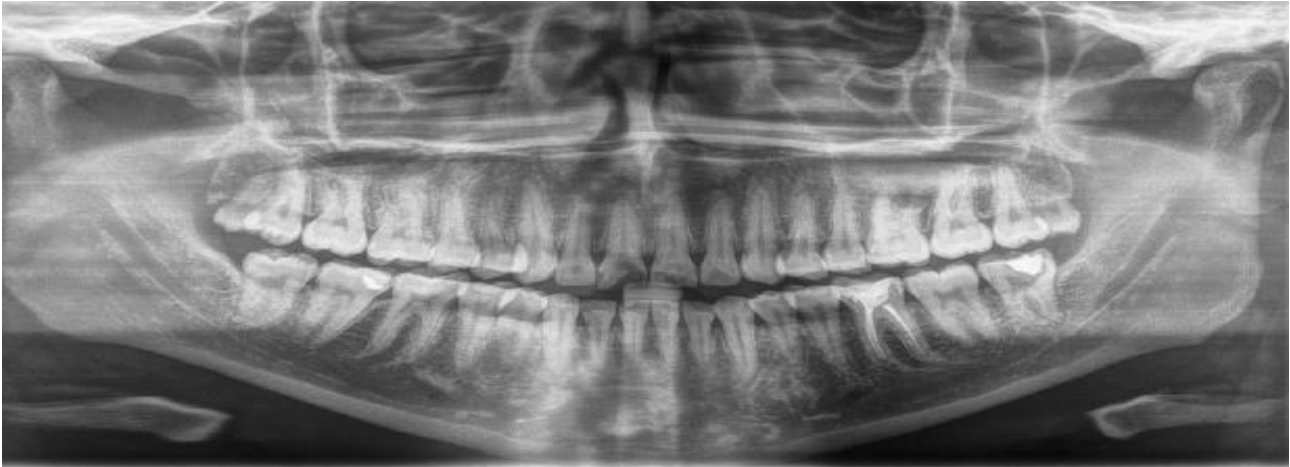
ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	ASOCIACIÓN DE CABILDOS INDÍGENAS DEL CESAR Y GUAJIRA "DUSAKAWI A.R.S.I."	SUBSIDIADO	01/03/2022	31/12/2999	CABEZA DE FAMILIA

Ahora bien, en el presente caso se encuentra acreditado que el accionante fue atendido por el rehabilitador oral, de manera particular, de ella da cuenta la certificación extendida por la IPS MY DENTIS ODONTOLOGIA ESTETICA Y FUNCIONAL, a través de la cual certifica que el accionante asiste a consulta médica para valoración y que además presenta lo siguiente:

Se inserta imagen de la referenciada certificación de la IPS MY DENTIS ODONTOLOGIA ESTETICA Y FUNCIONAL



También se inserta imagen de la radiografía Pieza 2 fracturada y detallada.



Para resolver la controversia suscitada del presente asunto, producto de la acción constitucional en contra de la EPSI DUSAKAWI, el despacho estudió las pruebas y argumentos aportados por las partes con el fin de dilucidar a cuál de ellas le asiste razón y si efectivamente se ha vulnerado algún derecho fundamental, por lo que se hace necesario tomar en consideración las actuaciones que efectuaron cada una de las partes con miras a demostrar o desvirtuar tal afectación.

Por un lado, la parte accionante el señor ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE identificado con C.C. 1.065.824.491, desplegó unas acciones encaminadas a que se le garantice el tratamiento odontológico en otro centro de atención distinto a Kankuama IPSI, y que la IPS a donde sea remitido cuente con los especialistas y equipo médico necesario para determinar y tratar su patología.

Descendiendo entonces a las pretensiones de la acción de tutela, se tiene que en primera medida el accionante arguye que desea acudir a otra IPS, distinta a Kankuamo IPSI aduciendo que los galenos de la medicina pertenecientes a la EPS DUSAKAWI, no son los más idóneos, sin embargo, de ello no se aporta prueba.

Por el contrario, la EPS DUSAKAWI, en su defensa indicó en aras de garantizarles los derechos fundamentales al accionante, le autorizo y agendo la consulta médica por primera vez con especialista en odontología general en la IPS DUSAKAWI, ubicada en el HOSPITAL ROSARIO PUMAREJO DE LOPEZ para el día 2 de agosto de la anualidad a las 3:20 de la tarde en la IPS antes descritas.

Que dicho agendamiento le fue notificado al accionante a través de comunicación telefónica, siendo valorado a través del Examen Clínico Intraoral, hallando resinas desadaptadas de las piezas dentarias número 36, 46, 47, caries múltiples en piezas dentarias y mordida abierta anterior, en razón a ello el médico tratante a través del plan de manejo, le prescribió 18 resinas en virtud de las piezas afectadas y remisión para Rehabilitación de Salud Oral. no se encuentra acreditado 1. Que la accionante al menos hubiere asistido a la cita ordenada con los médicos de rehabilitación oral de la Kankuama IPSI 2. Que los médicos que se encuentra vinculados a Kankuama IPSI no se encuentren capacitados para tratar el diagnóstico del accionante 3. Que la IPS no se encuentre en capacidad de garantizar la prestación de los servicios de salud de manera integral al actor o que la atención brindada no ha sido la adecuada u oportuna de acuerdo con su patología.

Para ello, se aportan historias clínicas de la entidad accionada de la en las cuales se puede verificar claramente la remisión para CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ODONTOLOGIA GENERAL a la IPS DUSAKAWI, para facilitarle al accionante una valoración técnica, científica y oportuna en aras de establecer la naturaleza de los padecimientos presentados y así se puedan determinar las prescripciones necesarias



CÓDIGO ACTIVACIÓN

CC1065824491

ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE

72EFA0FE

Sr. afiliado los servicios serán prestados en los datos indicados a continuación:

Prestador Autorizado

DUSAKAWI IPS

Nit:

824002362

Dirección:

CALLE 16 NUMERO 17141 INTERIOR ROSARIO PUMAREJO DE LOPEZ

Municipio:

Valledupar/Cesar

Diagnostico:

K021

Telefono:

Line de Atención:

#	Código	Cantidad	Descripción	Observación
1	890203	1	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ODONTOLOGIA GENERAL	EN RESPUESTA A TUTELA INTERPUESTA POR LA PACIENTE QUE SOLICITA CAMBIO DE PRESTADOR SE DIRECIONA PARA DUSAKAWI IPSI B.V JEFE REFRANCISCO FLOREZ

Sr IPS, el código de activación le permitirá habilitar el servicio y descargar la autorización directamente sin recurrir a la EPS.

Usuario:1003240377

Fecha:02/08/2022

Ahora bien, si bien es cierto el accionante goza del derecho a la libertad de escogencia de la IPS, y que posee un deseo particular porque la atención del señor ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE identificado con C.C. 1.065.824.491 sea prestada en una IPS distinta a la KANKUAMA IPS, lo cierto es que la accionada en aras de garantizarle un mejor servicio al

razón por la cual el usuario acude a él, es una prestación deficiente del servicio de salud por parte de la EPS, o se trata de un profesional que ha tratado al paciente de forma recurrente y conoce mejor su historia médica. En consecuencia, la EPS debe evaluar el contenido del dictamen, y emitir un concepto en el cual ratifique lo allí dispuesto, lo complemente, o lo rechace, solo, con base en la mejor evidencia médica disponible. Y en caso rechazarlo, deberá ofrecer al usuario una alternativa al servicio, además, autorizarlo y suministrarlo.

Es así como en sentencia T. 036 de 2017 sostuvo: “En cuanto al tema relativo al grado de vinculatoriedad que tiene el diagnóstico, la Corte ha sostenido que el concepto expedido por el médico tratante adscrito a la red prestacional de la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, es el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos. Ello, primero, por ser la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, segundo, por ser el profesional que conoce el historial médico del paciente. No obstante, también ha reconocido que el diagnóstico del médico tratante no es absoluto, pues el concepto de un médico externo puede ser vinculante, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes supuestos:

- “a. 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.*
- b. Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.*
- c. El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.*
- d. La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como “tratante”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.”^[36]*

En esos eventos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tal resultado puede ser derivado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS.

34. Por otro lado, en la sentencia T-904 de 2014, esta Corte precisó que la exigencia de un diagnóstico o concepto médico para suministrar el medicamento, incluido o no en el POS, impone un límite al juez constitucional, en tanto no puede ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, en el que se determine la pertinencia del tratamiento a seguir respecto de la situación de salud por la que atraviesa el enfermo, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de competencia de la *lex artis* que rige el ejercicio de la medicina.

35. En conclusión, el derecho al diagnóstico es un aspecto integrante del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que de cara a la situación del paciente resultan adecuados para preservar o recuperar su salud. En lo que respecta al diagnóstico del médico tratante adscrito a la EPS, la Corte ha determinado que no es absoluto, en tanto el concepto de un médico externo puede llegar a ser vinculante, entre otros casos, cuando la EPS 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.”

En el sub lite revisando lo allegado por el actor se evidencia cotización de tratamiento de fecha 8 de julio de 2022, en el cual se registra los hallazgos encontrados en Andrea camila villeros , y el tratamiento que se requiere ante cada uno de los hallazgos , sin que de dicho documento pueda derivarse los actos ejecutados en su atención, lo que no consulta con la definición de historia clínica que se contempla en el artículo 1 de la Resolución 1995 de 1995 , modificada por la Resolución 1715 de 20056 , que señala: “ARTÍCULO 1.- DEFINICIONES. La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención”

Ahora bien, conocido el documento o concepto del médico tratante no adscrito a la EPS, la accionada al pronunciarse pone en evidencia que no se aporta historia clínica que de cuenta de la atención y al constatar el despacho se evidencia una cotización de los hallazgos encontrados. Por el galeno de la IPS MY DENTIS ODONTOLOGIA ESTETICA Y FUNCIONAL, de ella da cuenta la certificación extendida el médico tratante.

En el presente caso conforme o aportado se evidencia que el médico la IPS MY DENTIS ODONTOLOGIA ESTETICA Y FUNCIONAL Externa a la EPS encontró hallazgos en su dentadura, sin embargo tal concepto no fue aceptado por la EPSI a la que se encuentra afiliada, bajo el argumento que no aportó los registros clínicos que permitieran validar su condición actual y proceden a emitir la correspondiente autorización con el médico adscrito a la EPS, para que le valore y le practique los procedimientos y tratamientos pertinentes acordes con su patología. y para efectos de su valoración fue remitida por la EPS a IPS DUSAKAWI, ubicada en el HOSPITAL ROSARIO PUMAREJO DE LOPEZ, por odontología general quien la valora el día 08 de julio de 2022, Y LE ORDENA.

Ahora bien, en cuanto a las pretensiones de amparo de los derechos de libre escogencia el despacho no evidencia que se hubiere vulnerado por cuanto se constata que el actor ya está siendo atendido en una IPS de la red de prestadores de servicios de la accionada distinta a la que inicialmente lo valoró, tal como lo solicitó.

Y en lo que se refiere a la solicitud de amparo al derecho a la salud para que se ordene la realización de los tratamientos ordenados por el médico externo el despacho no accederá al amparo en tanto tal criterio no resulta vinculante toda vez que no se reúnen los presupuestos expuestos en la jurisprudencia atendiendo que no se aporta siquiera historia clínica que apoye el concepto tal como se cuestionó por la accionada y que fue el sustento de asignar una cita con un odontólogo general de la EPS a la que está afiliado el actor a efectos de una nueva valoración ante la ausencia de registros clínicos del médico externo y se constata que ya fue valorada y está en espera de la cita para rehabilitador oral a efectos de dar continuación con su tratamiento.

ORDENASE a la EPS DUSAKAWI, que a través de su representante legal o quien haga sus bese, si aún no lo ha hecho expida las autorizaciones al señor ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE identificado con C.C. 1.065.824.491, la cita médica para valoraciones con el rehabilitador oral según historia clínica del 02 de agosto de 2022 ordenaos por el especialista en odontología general adscrito a la red prestadores de servicio de la EPS, doctor; PALACIO ROMERO BRISEIDA, con ocasión a la patología Dx.Principal: Z012-EXAMEN ODONTOLOGICO, Dx.Relacionado1: ** NO PRESENTA **, Dx.Relacionado2: ** NO PRESENTA **, Dx.Relacionado3: ** NO PRESENTA **, Tipo de diagnóstico: CONFIRMADO NUEVO, Tipo Discapacidad: NINGUNA, Grado Discapacidad: NINGUNA, Pronostico: REGULAR, Obs del Dx: , Obs del Pronóstico.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar-Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: No tutelar los derechos solicitados por los accionantes, al no encontrar actualmente vulneración alguna de los derechos a la LIBRE ESCOGENCIA del señor ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE identificado con C.C. 1.065.824.491, por la entidad EPSI DUSAKAWI conforme a las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO: PRIMERO. - A efectos de evitar la amenaza al Derecho a la salud del accionante ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE identificado con C.C. 1.065.824.491, se tutelaré por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia se ORDENARÁ a EPSI DUSAKAWI, a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida las autorizaciones al señor ANDREA CAMILA VILLERO MAESTRE identificado con C.C. 1.065.824.491, la cita médica para valoraciones con el rehabilitador oral según historia clínica del 02 de agosto de 2022 ordenaos por el especialista en odontología general adscrito a la red prestadores de servicio de la EPS, doctor; PALACIO ROMERO BRISEIDA, con ocasión a la patología Dx.Principal: Z012-EXAMEN ODONTOLOGICO, Dx.Relacionado1: ** NO PRESENTA **, Dx.Relacionado2: ** NO PRESENTA **, Dx.Relacionado3: ** NO PRESENTA **, Tipo de diagnóstico: CONFIRMADO NUEVO, Tipo Discapacidad: NINGUNA, Grado Discapacidad: NINGUNA, Pronostico: REGULAR, Obs del Dx: , Obs del Pronóstico.

TERCERO: Notifíquese esta providencia por el medio más expedito y eficaz, a las partes interesadas.

CUARTO: De no ser impugnado este fallo, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Por Secretaria procédase de conformidad.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILIANA PATRICIA DIAZ MADERA
Juez