

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: GRACIELA MASMELA HERNANDEZ  
ACCIONADO: NUEVA EPS  
RADICACIÓN: 730013110003-2023-00455-00



## **JUZGADO TERCERO DE FAMILIA**

Ibagué Tolima, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

### **1. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela presentada por la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ contra LA NUEVA EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 5, 6, 11, 13, 14, 15, 23, 29, 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia.

### **2. ANTECEDENTES**

#### **2.1. HECHOS**

Manifiesta la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ, que es cotizante de la NUEVA EPS; paciente con gastritis crónica, Irritación de colon y dolor abdominal; que el pasado 20 de octubre le fueron aportadas las órdenes 7020806802 y 7211806245 para colonoscopia y endoscopia respectivamente, con sedación cada una; ha comparecido en tres (3) ocasiones después de recibir la orden para los procedimientos pero le informan que “no hay agenda”; que el 28 de noviembre se dirigió otra vez a LA NUEVA EPS, ya que no se le otorgo fecha y en la Oficina de Atención al Usuario, le ratificaron que no hay agenda.

Afirma que requiere los referidos procedimientos con sedación y desconoce la razón por la cual, la entidad le argumenta que no hay agenda, aun sabiendo que son de carácter prioritario.

#### **2.2. PRETENSIONES**

Solicita la accionante que se conceda la tutela, ordenando la realización de los exámenes COLONOSCOPIA y ENDOSCOPIA CON SEDACION, el suministro de un tratamiento Integral pleno, los medicamentos pre y pos tratamiento y no se tomen represalias en su contra por este hecho.

### **3. TRÁMITE DE LA INSTANCIA**

Mediante providencia del pasado 28 de noviembre, se admitió la acción de tutela ordenando la notificación del accionado, acto procesal que se cumplió a través del correo electrónico correspondiente.

El 6 de diciembre, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, dispuso la remisión con destino a esta agencia judicial, del escrito de tutela radicado en ese Juzgado bajo el No 730013109005202300135, al constatar que la Oficina Judicial lo había repartido doblemente al Juzgado Tercero

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: GRACIELA MASMELA HERNANDEZ  
ACCIONADO: NUEVA EPS  
RADICACIÓN: 730013110003-2023-00455-00



de Familia de Ibagué, al constatar que este juzgado avocó el conocimiento del asunto el mismo día de reparto, esto es, el 28 de noviembre de 2023, a diferencia del referido Despacho, quien avocó conocimiento el 29 de noviembre de 2023, resultando improcedente adoptar una decisión adicional en una actuación que ya está asignada a un Juez de tutela que la avocó de manera previa.

### 3.1. PRONUNCIAMIENTO DE LA NUEVA EPS

La Apoderada Judicial de la entidad accionada, informó que el objeto de la presente acción de tutela, ya fue conocido y admitido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, con radicación 730013109005-2023-00135-00; que en el presente caso se presentan dos situaciones que hacen improcedente la presente acción constitucional: primero, se presenta actuación temeraria y segundo, no se acreditó el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia.

Informó que a la accionante, se le han venido prestando los servicios requeridos dentro de la órbita prestacional establecida por la Ley 1751 de 2015, Resolución 2808 de 2022, Resolución 2273 de 2021 y normas concordantes; además, la EPS no presta el servicio de salud directamente, sino a través de una red de prestadores de servicios de salud contratadas; dichas IPS programan y solicitan autorización para la realización de citas, cirugías, procedimientos, entrega de medicamentos, entre otros, de acuerdo con sus agendas y disponibilidad y, con relación a la solicitud, se debe verificar que la orden médica esté vigente y se encuentre dentro del actual plan de Beneficios.

Refirió el ente accionado que, revisada su base de afiliados, se evidenció que GRACIELA MASMELA HERNANDEZ identificada con C.C. No 28681630 se encuentra en estado ACTIVO en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de Nueva EPS en el RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

Solicitó que se niegue lo solicitado en atención a los argumentos jurídicos citados y así mismo, se haga un enérgico llamado de atención a la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ, para que no vuelva a incurrir en duplicidad de la acción, pues con dicho proceder vulnera el principio de Buena Fe, con el único fin de *“obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable para la agenciada”*; y deja al descubierto el abuso del derecho. Igualmente solicitó que en caso que el Despacho ordene tutelar los derechos invocados, en virtud de la Resolución 205 de 2020, disponga el reembolso o, de tutelar el derecho fundamental y acceder a la totalidad de las pretensiones en salud, previo a autorizar cualquier tratamiento o medicamento en el que no exista una orden médica o esta no esté vigente, se ordene una valoración previa por parte del galeno adscrito a la red de prestadores de la EPS, con el objeto de determinar con criterio médico la necesidad de los servicios solicitados.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: GRACIELA MASMELA HERNANDEZ  
ACCIONADO: NUEVA EPS  
RADICACIÓN: 730013110003-2023-00455-00



#### **4. MATERIAL PROBATORIO**

Se aporta como tal:

- Ordenes expedidas por la NUEVA EPS: soporte de sedación para consulta.
- Orden colonoscopia y esofagogastroduodenoscopia.

#### **5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

##### **5.1 COMPETENCIA**

El Despacho asumió la competencia atendiendo la naturaleza jurídica de LA NUEVA EPS y que el derecho fundamental de la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ, se reclama vulnerado en esta ciudad, conforme lo indicado en el Art. 1 del Decreto 1983 de 2017 que modificó el Decreto 1069 de 2015.

##### **5.2. PROBLEMA JURÍDICO**

Se debe determinar si se vulneran los derechos fundamentales cuya protección invoca la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ al no ser agendados los procedimientos ordenados por el médico tratante, colonoscopia y endoscopia con sedación, desde el 20 de octubre del año en curso.

##### **5.3. TESIS DEL DESPACHO**

El Despacho sostendrá que en el presente caso, LA NUEVA EPS vulnera los derechos cuya protección pretende la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ, al no agendar los procedimientos ordenados por el médico tratante, más si tiene en cuenta que se trata de una persona de 65 años de edad, que requiere un tratamiento especial debido a la patología que padece y recibir atención integral en salud, por ser sujeto de especial protección.

##### **5.4. MARCO LEGAL- PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

Establece el artículo 86 de la Constitución Nacional en su primer inciso: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”.

**A voces de la Corte Constitucional, en lo que se refiere al derecho a la salud, ha precisado que:**

*“En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han*



*definido el rango fundamental del derecho a la salud con todos sus componente y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.”<sup>1</sup>*

*Igualmente, aquella corporación ha definido algunos elementos y principios que componen el derecho a la salud al precisar que:*

*“4.4.4. Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.*

*Para efectos de esta sentencia, la Sala ahondará en los principios de continuidad, oportunidad e integralidad, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto objeto de revisión.*

*4.4.5. El principio de continuidad en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.”<sup>2</sup> .*

*La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación.<sup>3</sup>*

*4.4.6. Por su parte, el principio de oportunidad se refiere a “que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”<sup>4</sup> . Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos.<sup>5</sup>*

<sup>1</sup> Corte Constitucional Sentencia T-010 de 2019. M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

<sup>2</sup> Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>3</sup> Véanse, entre otras, las Sentencias T-586 de 2008, T-234 de 2013, T-121 de 2015, T-016 de 2017 y T-448 de 2017.

<sup>4</sup> Sentencia T-460 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, reiterada en la Sentencia T-433 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>5</sup> Sentencia T-121 de 2015, MP. Luis Guillermo Guerrero

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: GRACIELA MASMELA HERNANDEZ  
ACCIONADO: NUEVA EPS  
RADICACIÓN: 730013110003-2023-00455-00



## 5.5. CASO CONCRETO

En el presente caso, la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ, pretende se ordene a la NUEVA E.P.S., le sean programados los procedimientos ordenados por el médico tratante, colonoscopia y endoscopia con sedación, desde el 20 de octubre del año en curso.

La accionante aportó como prueba, las órdenes de servicio para: soporte de sedación para consulta y apoyo diagnóstico, orden para colonoscopia y esofagogastroduodenoscopia, expedidas el 20 de octubre 2023 por la NUEVA EPS, las cuales tienen una vigencia de 180 días, es decir hasta el 17 de abril de 2024, como se indica en los documentos incorporados a la presente acción de tutela.

Durante el término de traslado la NUEVA EPS, argumento que ha venido prestando los servicios requeridos por la actora, los cuales se brindan a través de una red de prestadores de servicios de salud contratadas, quienes programan y solicitan autorización para la realización de citas, cirugías, etc., y que es necesario verificar que la orden médica esté vigente y que esté dentro del actual plan de Beneficios.

Igualmente señaló la accionada, que en el presente asunto existe temeridad por cuanto la actora instauró otra acción ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Ibagué; sin embargo, y conforme estableció el Despacho citado, la duplicidad de la acción obedeció a un error por parte de la Oficina Judicial al momento de efectuar el reparto, pues asignó la misma acción a dos despachos, motivo por el cual el escrito que se envió al Juzgado Quinto Penal del Circuito, fue remitido a este Despacho para su conocimiento.

Por lo anterior, es evidente que no se trató de una acción temeraria por parte de la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ, sino de un error por parte de la oficina encargada de asignar el reparto a los diferentes despachos judiciales.

Así las cosas, se configura la vulneración del derecho a la salud por parte de la NUEVA EPS al no agendar fecha para la realización de los procedimientos requeridos por la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ, adulta mayor de 65 años de edad, ordenados desde el 20 de octubre de 2023, ya que quien finalmente debe garantizar la prestación efectiva del servicio es la EPS sin lugar justificarse en el hecho de que la prestación de servicios la realiza a través de las I.P.S., contratadas.

En cuanto a la pretensión de un TRATAMIENTO INTEGRAL, considera esta judicatura que, por tratarse de una persona de la tercera edad, sujeto de especial protección, la entidad accionada debe brindar la atención integral en salud que requiera para la patología que padece, es decir, conforme a las pruebas aportadas "*gastritis no especificada*". Lo anterior, con el fin de no vulnerar el derecho a la salud

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: GRACIELA MASMELA HERNANDEZ  
ACCIONADO: NUEVA EPS  
RADICACIÓN: 730013110003-2023-00455-00



que le asiste.

Respecto a la petición subsidiaria de facultar a la NUEVA EPS, para repetir contra el Ministerio de Protección Social con cargo a la subcuenta correspondiente a la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, tenemos que los artículos 231 y 240 de la Ley 1955 de 2019, en concordancia con la Resolución 1139 del 30 de junio de 2022 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, fijaron el presupuesto máximo para la gestión y financiamiento de los servicios y tecnologías de salud, de modo que, el artículo 5º de la precitada Resolución prevé que, "(...) los recursos del presupuesto máximo transferido a cada EPS o entidad adaptada financiarán los medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios siempre que estén asociados a una condición de salud, se prescriban por un profesional de la salud o se ordenen mediante un fallo de tutela"

Es claro que los gastos en los que incurre la E.P.S. para la prestación de servicios que no estén contenidos en el Plan de Beneficios en Salud, se encuentran abrigados por el presupuesto aprobado por el Ministerio de Salud y, por ende, financiados con cargo al presupuesto máximo fijado para gastos dispuestos a través de órdenes judiciales, transferido a cada EPS o EOC, lo que imposibilita acceder a lo peticionado por el accionado.

Así las cosas, se concederá la tutela del derecho fundamental a la salud contenido en el artículo 49 de la Constitución Nacional, a la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ, toda vez que no se vislumbra vulneración por parte de la NUEVA EPS respecto a los demás derechos relacionados en el escrito de tutela, como son los contenidos en el artículo 5º "*El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad*"; el artículo 6º "*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*"; el artículo 11 "*El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte*"; el artículo 23 "*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*"; artículo 14 "*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*"; artículo 15 "*Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. (...)*"; artículo 23 "*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución (...)*"; artículo 29. "*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*"; artículo 48 "*La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley*".

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: GRACIELA MASMELA HERNANDEZ  
ACCIONADO: NUEVA EPS  
RADICACIÓN: 730013110003-2023-00455-00



En cuanto a la solicitud de la NUEVA EPS para que, previo a autorizar cualquier tratamiento o medicamento en el que no exista una orden médica, se ordene valoración, en el presente asunto la actora cuenta con una orden de servicios vigente para los procedimientos reclamados, la cual expira en abril de 2024, como consta en el documento incorporado como prueba por la señora MASMELA HERNANDEZ.

En consecuencia, esta judicatura ordenará a la NUEVA EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar y garantizar la materialización de los servicios médicos ordenados, para la realización de la colonoscopia y esofagogastroduodenoscopia, con sedación, las cuales ya fueron autorizadas por la entidad y prescritos a favor de GRACIELA MASMELA HERNANDEZ desde el 20 de octubre de 2020, a través de la red de instituciones con la que presenta contratación activa o la IPS que garantice la prestación efectiva, eficiente y oportuna del servicio médico requerido.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Ibagué Tolima, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud de la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ identificada con C.C. No 28.681.630, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Gerente y/o Representante Legal de la NUEVA EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar y garantizar la materialización de los servicios médicos ordenados para la realización de la colonoscopia y esofagogastroduodenoscopia, con sedación, las cuales ya fueron autorizadas por esa entidad y ordenadas a la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ desde el 20 de octubre de 2023, a través de la red de instituciones que tienen con contratación activa o la IPS que garantice la prestación efectiva, eficiente y oportuna del servicio médico requerido.

TERCERO: Ordenar a la NUEVA EPS que, en lo sucesivo, suministre a la señora GRACIELA MASMELA HERNANDEZ un tratamiento integral para la patología que padece "*gastritis no especificada*", a fin de mejorar su estado de salud.

CUARTO: Declarar improcedente la solicitud de reembolso elevada por la NUEVA EPS, respecto a los gastos en que incurra en cumplimiento de la presente decisión.

QUINTO: Notificar a las partes la presente providencia por el medio más expedito,

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: GRACIELA MASMELA HERNANDEZ  
ACCIONADO: NUEVA EPS  
RADICACIÓN: 730013110003-2023-00455-00



al que se acompañará copia de la misma (Art. 30 Decreto 2591 de 1991), advirtiendo que contra ella procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO: Remitir el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, de no ser impugnada la presente providencia oportunamente.

SÉPTIMO: Por secretaría, líbrense las comunicaciones pertinentes.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

**ANGELA MARIA TASCÓN MOLINA**

Firma escaneada conforme al artículo 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho

n.s.v.