

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO

Manizales, Caldas, tres (03) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA	ACCIÓN DE TUTELA
RADICACIÓN	17001-31-03-006-2021-00166-00
ACCIONANTE	YOLANDA ARIAS LOZANO
AGENTE OFICIOSO	CAMILO ANTONIO DUQUE VALENCIA
ACCIONADO	NUEVA EPS
VINCULADAS	SES HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CALDAS Y LA IPS VIA 1A
INSTANCIA	PRIMERA
SENTENCIA	0081

### 1. OBJETO DE DECISIÓN

Se dicta fallo de primera instancia en el trámite de tutela de la referencia.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. PRETENSIONES

La señora Yolanda Arias Lozano, pidió el amparo de sus prerrogativas fundamentales a la salud, vida y seguridad social, presuntamente vulneradas por la Nueva Eps, en consecuencia, solicita frente a la entidad accionada:

*“... Ordenar a la NUEVA EPS que en un término perentorio de 2 días le realice a la señora YOLANDA ARIAS LOZANO MAMOPLASTIA DE REDUCCION UNILATERAL...”*

#### 2.2. HECHOS

Indicó la accionante que no ha presentado acción de tutela por los mismos

hechos y derechos.

Expresó que requiere cirugía en sus ojos la cual no se ha podido efectuar debido a unos lentes que le exigen y que la EPS NUEVA EPS se ha negado a suministrar (sic).

### **2.3. ACTUACIONES PROCESALES**

En el auto fechado el 21 de julio de 2021, se ordenó de la admisión de la acción constitucional, así mismo se ordenó la vinculación de la IPS VIVA 1 A y del SES HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CALDAS.

Vencido el término para que las partes se pronunciaran frente a la acción de tutela, las mismas manifestaron como argumentos de defensa lo siguiente:

**NUEVA EPS:** Informó la entidad por medio del área de salud las gestiones que se están desplegando para garantizar la consulta por mastología y la realización del procedimiento quirúrgico con la institución prestadora del servicio de salud con la que se tenga contrato para estos servicios. Sin embargo, aclaró, la realización de gestiones para determinar la viabilidad del procedimiento, en razón a que el profesional de la salud indicó en la historia clínica, que dicho procedimiento es funcional y no estético, ya que con la última connotación no sería viable este servicio con la financiación de los recursos del sistema de salud.

En vista de lo antes mencionado pidió no conceder la acción de tutela en contra de la entidad y proceda a desvincularla pues NUEVA EPS S.A., dado que actualmente le presta oportuna y eficientemente el servicio de salud a la accionante y finalmente solicitó que en caso de que el procedimiento MAMOPLASTIA sea estético, no concederlo ya que es una exclusión del plan de beneficios en salud.

**SES HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CALDAS:** Expresó que la señora Arias Lozano fue valorada en consulta externa por el Doctor Walter Antonio Arboleda

Ruíz especialista en Mastología el 18 de marzo de 2021, presentando un diagnóstico de HIPERTROFIA DE LA MAMA CON MASTALGIA SEVERA SECUNDARIA, motivo por el cual le fue ordenada MAMOPLASTIA REDUCTORA BILATERAL

Manifestó que le fue entregada orden médica e historia clínica a la accionante para el trámite correspondiente de autorización ante su EPS. Adicionalmente aclaró que el procedimiento previamente ordenado por el médico no es cirugía de ojos ni suministro de lentes de contacto que se indican en el hecho tercero de la acción de tutela, por cuanto se considera una imprecisión en el libelo de la tutela.

Reveló que respecto de las pretensiones incoadas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, como es el caso de SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD –SES-HUC tienen como función principal prestar servicios de salud previa autorización de la NUEVAEPS, la entidad encargada de direccionar a la paciente para la atención que requiere a la IPS que consideren, teniendo en cuenta que son las EPS, las entidades responsables de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación de los servicios de salud requeridos por sus afiliados.

Aseveró que para que pueda ser programado el servicio de salud requerido por la demandante, es indispensable que la paciente agote los trámites administrativos pertinentes con su EPS para que dicho servicio sea autorizado.

En virtud de lo expuesto pidió desvincular a la entidad de la acción de tutela, teniendo en cuenta que por parte la entidad no se ha vulnerado ningún derecho de los aducidos por la accionante y que en todo caso compete a la EPS de esta garantizar y autorizar los servicios ordenados.

**VIVA 1A IPS** reveló que al hacer revisión de la reclamación de la paciente en cuanto la realización del procedimiento de MAMOPLASTIA REDUCTORA BILATERAL no corresponde a las responsabilidades contratadas con VIVA 1A IPS S.A., pues el procedimiento debe ser gestionado directamente con la

Aseguradora, ya que la materialización del servicio médico requerido no está bajo cobertura contractual. Por lo anterior, la Ips carece de legitimación en la causa por pasiva.

Motivo por el cual solicitó se deniegue la Acción de Tutela interpuesta por la accionante toda vez que la entidad no le ha vulnerado derecho fundamental alguno.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Legitimación**

**Por activa:** La señora Arias Lozano está legitimada para reclamar la protección de sus garantías fundamentales, en razón a que es la directamente afectada con la presunta omisión de la entidad accionada, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

**Por Pasiva:** La acción se dirige en contra de la NUEVA E.P.S: Creada por autorización de la Ley 1151 de 2007, artículo 155. Por otra parte, se trata de una sociedad anónima, sometida al régimen de las empresas de salud, constituida mediante escritura pública No. 753 del 22 de marzo de 2007. La participación accionaria en la Nueva EPS está dividida entre entidades públicas y privadas. Mientras la Positiva Seguros S.A. –entidad pública- ostenta el 50% menos una acción, Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfadi –entidades privadas- tienen el 50% más una acción. Finalmente, esta sociedad recibió autorización de funcionamiento mediante Resolución No. 371 del 3 de abril de 2008, expedida por la Superintendencia de Salud, en consecuencia, se trata de una la Sociedad de economía mixta teniendo en cuenta que “en la constitución de una sociedad de economía mixta la participación de capital estatal puede ser mínima, mientras que los particulares pueden tener la participación mayoritaria, o, al contrario. Auto 108/09 Corte Constitucional.

**Competencia:** De conformidad con el Decreto 333 de 2021, debe manifestarse

que si la acción de tutela se promueve contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional su conocimiento en primera instancia, será competencia de los Jueces del Circuito o con igual categoría, en consecuencia de ello debe manifestarse que la resolución del conflicto es competencia de este judicial, además claro está, de la previsiones dadas por la Corte Constitucional en relación con el conocimiento de las acciones de tutela por los jueces constitucionales a prevención.

**Inmediatez:** Frente a este requisito, se tiene que la negación del servicio médico deviene desde el 18 de marzo donde le fue dado el ordenamiento por parte de su galeno tratante. Así las cosas, tenemos que entre el hecho de la vulneración y la presentación de la acción constitucional han transcurrido unos tiempos que para este despacho judicial son prudentes, por lo que se supera el presente requisito de procedencia.

### **3.2. Problema Jurídico**

De acuerdo con la situación fáctica planteada, corresponde al Despacho determinar si el actuar de la entidad accionada vulnera los derechos fundamentales de la accionante, en lo particular en lo relativo a la no realización del procedimiento quirúrgico ordenado por el medico tratante de la señora Arias Lozano.

### **3.3. Normatividad y precedentes jurisprudenciales aplicables al caso concreto:**

#### **3.3.1. *Derecho a la Salud –Derecho fundamental y autónomo.***

En tratándose el derecho a la salud, no obstante su reconocimiento de naturaleza fundamental vía jurisprudencia inveterada de la Corte Constitucional, su categoría de derechos de primera generación fue reconocido a través de la ley Estatutaria 1751 de 2015, el cual dentro de la acepción positiva (artículo 2 ibídem) se caracteriza por su autonomía e irrenunciabilidad en lo individual y en lo colectivo, además comprender frente al mismo el acceso a los servicios de

salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

Derecho que a su vez se materializa a través de la prestación efectiva por parte del Estado o quien se haya designado para el efecto, bajo los parámetros tendientes a asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T 362 de 2016, se pronunció en el siguiente sentido:

*Por último, es importante resaltar que esta nueva categorización del derecho a la salud como autónomo y fundamental, fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2 de la aludida ley, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.*

*Con la finalidad de garantizar el citado derecho fundamental, el legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado, reguladas en el artículo 5 de la Ley 1751 de 2015, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responden al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía. Dichas obligaciones incluyen, a grosso modo, dimensiones positivas y negativas. En las primeras, el Estado tiene el deber de sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población; mientras que, en las segundas, se impone el deber a los actores del sistema de no agravar la situación de salud de las personas afectadas. Resaltando los elementos esenciales del derecho a la salud, los cuales son: la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la*

*calidad e idoneidad profesional. Precisiones reiteradas por esta Corte en la Sentencia T- 121 de 2015.*

*De lo anterior, se puede concluir que tanto la jurisprudencia constitucional como la Legislación Colombiana han sido enfáticos en la obligatoriedad de la protección de la salud como derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional, el cual puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados.*

Ahora bien, teniendo en cuenta la autonomía e irrenunciabilidad del Derecho a la salud del cual se denota su trascendencia fundamental, es pertinente recordar con fundamento en la Doctrina Constitucional la doble dimensión dada al derecho en estudio y del cual en ausencia de algunas de las condiciones que se pasan a referenciar es indiscutible la procedencia de la acción constitucional de tutela.

*En punto a la fundamentabilidad del derecho a la salud, y su posibilidad de protección por vía de tutela, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el mismo comporta dos dimensiones: por un lado, (i) el derecho a obtener la prestación real, oportuna y efectiva del servicio incluido en el plan de atención y beneficios, a través de todos los medios técnicos y científicos autorizados; y, por el otro, (ii) el derecho a que la asunción total de los costos de dicho servicio sea asumido por la entidad o entidades a quien corresponda su prestación. En ese sentido, tanto la prestación del servicio propiamente dicha, como el contenido económico del mismo, hacen parte de la dimensión ius fundamental del derecho a la salud, razón por la cual, en el evento de que alguno de estos dos componentes no resulte satisfecho, resulta válido recurrir a la acción de tutela para reclamar su protección.*

4.8. Sobre este particular, en la Sentencia T-594 de 2007, la Corte hizo la siguiente precisión:

*“En efecto, es claro que las prestaciones establecidas en el P.O.S. no solamente implican la concreción material del servicio mismo, sino también el cubrimiento de los costos que éste genere, obligación que de ninguna manera puede ser trasladada al afectado. Por tal razón, respecto de la segunda de las dimensiones señaladas, esta Corporación ha sostenido que “aun cuando las controversias en torno a la responsabilidad patrimonial respecto de los servicios incluidos dentro del Manual de procedimientos del POS., parecieran de índole netamente económica y por tanto ajenas a la esfera de competencia de la acción de tutela, ello no es del todo cierto, por cuanto la cobertura económica del servicio, cuando éste se encuentra incluido en el plan de atención médica correspondiente (v.g. el POS), hace parte de la dimensión iusfundamental del derecho a la salud<sup>1</sup>.”*

### **3.3.2. Del principio de integralidad en el acceso a la salud**

De otra parte, en lo que respecta al Sistema General de Seguridad Social en Salud, debe mencionarse que el mismo está estructurado en elementos y principios<sup>2</sup> que dan lugar a la materialización del derecho a la salud de cada uno de los afiliados o vinculados al mismo. Así las cosas, el artículo 8 de la ley 1751 de 2015, hace referencia a la integralidad que debe guiar la prestación de los servicios requeridos por los diferentes individuos, ordenamiento que se consagro en los siguientes términos:

*Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.*

*En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.*

Canon normativo que a su vez debe ser concordado con lo señalado en el artículo 15 de ley estatutaria en referencia, que a su tenor literal establece:

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

(...)

Conforme a las normas previamente expuestas, encontramos la satisfacción del derecho fundamental a la salud, no solamente comprende aquellas actividades con miras a la recuperación de la persona que padece determinada patología, esto es su curación, sino comprende además *todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible*<sup>3</sup> - (*Principio de Integralidad*). Mandato de optimización<sup>4</sup> que integra las decisiones judiciales tendientes a la satisfacción del derecho a la salud; ordenamiento que a su vez presupone dos condiciones: i) que la entidad obligada a prestar el servicio de salud no ha actuado diligentemente y ii) que existe claridad y precisión frente al tratamiento a seguir. Condicionamientos que tienen razón justificativa, en tanto que las decisiones judiciales, no pueden extenderse a situaciones, inexistentes, futuras y precisamente frente a derechos fundamentales no violentados o amenazados.

### **3.3.3. Responsabilidad de los Administradoras de Planes y Beneficios.**

Aclarados los puntos anteriores, esto es: la Naturaleza del derecho fundamental del cual se pretende su protección; las reglas de derecho de tipo legal o jurisprudencial y su dimensión frente al derecho a la salud; se hace necesario para este judicial, hacer los análisis correspondientes al juicio de imputación a fin de determinar si de quien se predica la vulneración, es el llamado a garantizar el derecho pretendido.

Así las cosas, encontramos como norma fundamental el artículo 49 de la Constitución Política la cual establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado con la garantía a todas las personas del acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; norma aunado a la estructuración del Sistema de Seguridad Social en salud (ley 100 de 1993) atribuyeron a diferentes actores del sistema, definidas funciones a fin de materializar el derecho en comentos, encontrando en el artículo 177 y siguientes ibídem, una responsabilidad concreta de la E.P.S en relación con prestación de los servicios requeridos por los afiliados al S.G.S.S.S, así se tiene lo siguiente:

*ARTICULO. 177.-Definición. Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.*

#### **4. HECHOS PROBADOS**

Se tiene que a la accionante fue diagnosticada con la patología denominada “HIPERTROFIA DE LA MAMA CON MASTALGIA SEVERA SECUNDARIA” motivo por el cual le fue ordenado por su galeno tratante el procedimiento quirúrgico denominado “MAMOPLASTIA DE REDUCCION UNILATERAL”

Adicionalmente se estableció comunicación con la accionante quien manifestó que a la fecha la entidad accionada no le ha emitido la autorización para realizar los trámites tendientes a la materialización del procedimiento quirúrgico ordenado.

#### **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

De entrada, considera esta célula judicial dejar claro que el procedimiento óbice del presente asunto es una “**mamoplastia reductora bilateral**”, no unilateral, ni la entrega de unos lentes como erróneamente se manifestó en el escrito genitor.

Dicho lo anterior en esta oportunidad ocupa la atención del despacho lo atinente a la presunta vulneración de las prerrogativas fundamentales de la señora Yolanda Arias Lozano; pues analizados los elementos facticos planteados en el caso sub examine, se tiene que esta padece de “hipertrofia mamaria bilateral” motivo por el cual le fue ordenado el procedimiento quirúrgico denominado “mamoplastia reductora Bilateral”.

En el caso de autos se tiene que la Nueva Eps indicó que en la historia clínica se concluyó que la intervención requerida es de índole funcional y no estética, siendo esta última en la que se basó la contestación, ello sin dar una fecha tentativa de la materialización del procedimiento requerido por la tutelante; situación que afirma la vulneración a la que se encuentra sometida la señora Arias Lozano, ello si se tiene en cuenta que a la fecha de proferirse la presente decisión, no se tiene evidencia que el servicio médico requerido haya sido efectivamente prestado. Situación que no puede pasarse por inadvertida, pues la justificación tratamiento médico con el servicio de salud indicado se da debido a la orden dada por un profesional en medicina, el cual conforme a concepto del mismo galeno tratante es necesario para el mejoramiento de calidad de vida y condición clínica, de lo que deviene que su falta de prestación conlleva la vulneración directa de los derechos fundamentales que se pretenden satisfacer. Es por lo anterior, que debe recordarse, que el derecho fundamental objeto de protección, no se limita a aquellas actividades con miras a la recuperación de la persona que padece determinada patología, esto es su curación, sino que comprende además todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible; deber legal que tal y como está planteado en el presente litigio fue inobservado por la E.P.S accionada; comportamientos que vale la pena manifestar de forma enfática, desnaturalizan el deber legal de las entidades responsables de custodia de los derechos fundamentales en discusión, de lo cual y sin dubitación alguna es imperioso concluir que hubo una vulneración del

derecho reclamado por la accionante.

Corolario de lo anterior, al tenerse claro que la intervención quirúrgica no es de tipo estético y que a la fecha, el actuar de la entidad accionada se ha limitado a desplegar las gestiones administrativas necesarias para la materialización del mismo si que la protección del derecho reclamado se haya satisfecho en su integridad, no queda otro camino que salvaguardar por vía tutelar los derechos fundamentales de la señora YOLANDA ARIAS LOZANO y ordenarle a la NUEVA EPS que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas proceda a autorizar y a realizar la cirugía denominada “MAMOPLASTIA REDUCTORA BILATERAL” ordenada por su médico tratante.

Así mismo, cabe precisar que serán desvinculadas del presente trámite la IPS VIVA 1 A y el SES HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CALDAS.

Por lo anteriormente discurrido, el **JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la ley,

## **6. FALLA**

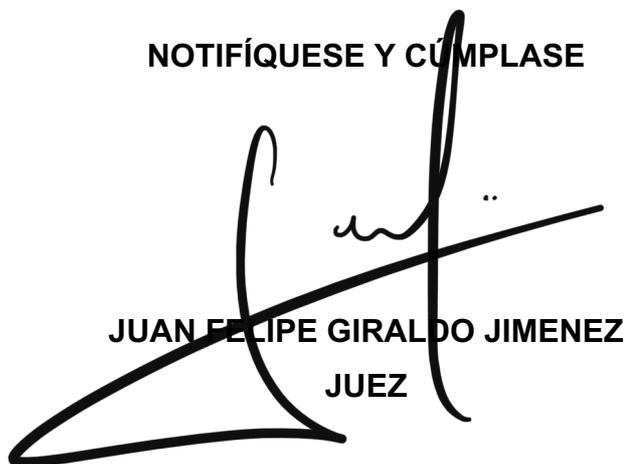
**PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental de petición invocado por la señora **YOLANDA ARIAS LOZANO C.C 30.292.774** contra la **NUEVA EPS** conforme las razones anotadas en este proveído.

**SEGUNDO: ORDENAR** a **LA NUEVA EPS** a través de su representante o quien haga sus veces que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar y a realizar la cirugía denominada “MAMOPLASTIA REDUCTORA BILATERAL” ordenada a la señora YOLANDA ARIAS LOZANO por su galeno tratante.

**TERCERO: NOTIFICAR** a las partes de este proveído en la forma más expedita, haciéndoles saber que la misma es susceptible de impugnación, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de este fallo.

**CUARTO: REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme la sentencia y en caso de no ser impugnada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**JUAN FELIPE GIRALDO JIMENEZ**  
**JUEZ**