



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
j01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co
Código 190013103001

Sentencia de 2ª Instancia N° 035

Popayán, diecisiete (17) de septiembre del dos mil veintiuno (2021)

Ref.: **Acción de Tutela**
Accionante: **Anni Yamilé Salazar Galíndez**
Accionada: **Emssanar EPS**
Vinculada: **Administradora de los Recursos del SGSSS**
Rad.: **190014189004-202100556-01**

Procede el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, obrando como Juez Constitucional a resolver la impugnación interpuesta por el Apoderado Judicial de Emssanar EPS, contra la sentencia estimatoria proferida por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y competencia Múltiple de Popayán, el 3 de septiembre del 2021, dentro de la referenciada acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Derechos fundamentales invocados: dignidad humana, a la vida e integridad física.

1.2. Conducta que presuntamente causa la vulneración: la accionada EPS no ha accedido a autorizar la cirugía reducción mamaria bilateral funcional.

1.3. Medida provisional: autorizar el mencionado procedimiento quirúrgico.

1.4. Pretensiones:

Que le fuera garantizada la atención médica integral posquirúrgica.

1.5 Fundamentos fácticos.

La promotora de la acción constitucional señaló como hechos relevantes los siguientes:

- ✓ Se encuentra inscrita en la EPS Emssanar, como cotizante.
- ✓ Ha sido diagnosticada con hiperplasia mamaria bilateral funcional.
- ✓ A finales de 2019, asistió a cita médica para ser atendida por presentar dolor de espalda y una protuberancia a nivel de cuello.
- ✓ En esa oportunidad fue remitida con el cirujano plástico; sin embargo, a causa de la pandemia, dicha orden médica fue aplazada.
- ✓ En octubre de 2020, retomó su tratamiento, por lo que su diagnóstico fue confirmado, ordenándole una cirugía de reducción mamaria bilateral.
- ✓ La accionada EPS se negó a autorizar el prescrito procedimiento quirúrgico.
- ✓ El 25 de marzo del presente año, elevó un derecho de petición ante Emssanar EPS, para que fuera autorizada la mencionada cirugía; no obstante, en respuesta otorgada en el mes de mayo, la pasiva insiste en su negativa, argumentando que deberá estudiarse otra alternativa de tratamiento que no sea la quirúrgica, de la cual no existe una orden del facultativo.
- ✓ Por lo anterior, en el pasado mes de julio, asistió a una nueva valoración médica, donde expresamente el galeno consignó la necesidad funcional de la reducción mamaria, por ser de carácter funcional, y no estético, como lo plantea la accionada EPS.

1.6 Fundamentos probatorios:

Con el escrito de tutela, aportó copia del documento de identidad de la accionante, de su historia clínica y de la respuesta brindada por la pasiva.

2. Trámite de la primera instancia.

El conocimiento de la acción de tutela correspondió al Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán, quien, mediante auto del 23 de agosto del 2021, la admitió y procedió a correr el respectivo traslado por el término de dos (2) días a la parte accionada y la vinculada Adres, para que manifestaran todo lo que supieran y les constara respecto de los hechos objeto de la acción de tutela. Allí mismo, fue decretada la medida provisional solicitada.

3. Contestación.

3.1 El apoderado judicial de Adres solicitó negar la solicitud de amparo, respecto de su defendida, pues consideró que no ha incurrido en conductas trasgresoras de los deprecados derechos fundamentales, por lo que debería ser desvinculada del trámite tutelar por falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.2 Emssanar EPS no contestó la demanda, pese a haber sido debidamente notificada.

4. Decisión de la *a quo*.

Frente al caso, el Juzgado de primera instancia, en la sentencia objeto de la impugnación, decidió tutelar los deprecados derechos fundamentales, por lo tanto, ordenó el tratamiento médico integral para la actora, en razón de su diagnóstico, especialmente la ordenada cirugía de reducción mamaria bilateral funcional.

5. La impugnación.

El Abogado de la pasiva solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, en el punto de la integralidad en salud ordenada, ya que argumentó que la accionante no cumplía con los requisitos conceptuados por la Jurisprudencia constitucional.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho es competente para conocer y resolver la segunda instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico.

En el sub júdice, el Despacho debe determinar si la impugnación propuesta por la accionada empresa es procedente, dado que, cuando tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, guardó silencio y optó por censurar la decisión de fondo.

3. Tesis del Despacho.

Con el fin de resolver el problema jurídico, el Despacho sostendrá la tesis de la improcedencia de la impugnación, toda vez que la acción de tutela, al igual que todo proceso judicial, tiene sus etapas y sus términos, conforme el debido proceso contemplado en el artículo 29 superior, habiendo sido despreciados por la accionada en su momento, no siendo la segunda instancia la oportunidad procesal para reabrir un debate concluido y, que de hacerlo, se vulneraría el derecho a la defensa y contradicción de la actora, ante la no existencia de una tercera instancia en el ordenamiento colombiano.

No obstante, el Despacho, al hacer el respectivo control de legalidad respecto a lo actuado por la *a quo*, encuentra que la decisión de primera instancia se ajusta a derecho, toda vez que al proteger los invocados derechos fundamentales de la accionante, ordenando la materialización efectiva de las indicaciones médicas para el diagnóstico de hipertrofia de mama, junto con el tratamiento integral en salud, dio aplicación a los principios de integralidad y continuidad que rigen el SGSSS, tal como ha quedado estipulado en la Ley Estatutaria de la salud.

Por lo anterior, la decisión será confirmada.

3.1 Normatividad y Jurisprudencia aplicable al caso.

En la Ley 1751 del 2015, la salud se consagró como un derecho fundamental autónomo fundado en los principios de integralidad, universalidad y continuidad.

Sobre lo anterior, el Máximo Tribunal Constitucional¹ ha adocinado:

3.1.1 *«3.3.5. En concordancia con lo señalado por la sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la ley estatutaria, **el mencionado principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento.** La adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las*

¹ Sentencia T-171 de 2018

personas es un principio que "está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor".

*3.3.6. Según el inciso segundo del artículo 8º, **el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal.** En ese sentido, la Corte ha señalado que el servicio "se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno".*

*3.3.7. El principio de integralidad de la Ley Estatutaria de Salud envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de **garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad.**» (Subrayado, cursiva y negrita fuera de texto).*

4. Procedencia de la acción.

La acción de tutela ha sido instituida en el ordenamiento jurídico Colombiano como un mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales de las personas. Ahora, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, a tal mecanismo sólo puede acudir si se cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos normativa y jurisprudencialmente.

En tal sentido, se habla básicamente de tres requisitos generales de procedibilidad en la acción de tutela, sin los cuales no se estudiará de fondo el asunto. El primero está referido a que se invoque la protección de un

derecho fundamental, ya que de ello depende la relevancia constitucional del asunto puesto en consideración. En segundo término, se encuentra el de subsidiariedad, que obliga a verificar la inexistencia de otro mecanismo de defensa para reclamar lo pretendido mediante la acción de tutela, o que existiendo uno, éste no resulte efectivo por cuanto puede causarse un perjuicio irremediable con una decisión tardía. Y finalmente, es menester estudiar la inmediatez de la acción; es decir, que el amparo se haya solicitado en un término razonable después de causada la vulneración o amenaza.

5. Caso Concreto.

El en presente caso se tiene que la accionante fue diagnosticada con hiperplasia de mama, razón por la cual su médico tratante le ordenó una reducción mamaria bilateral de tipo funcional, la cual no fue autorizada por la accionada EPS, argumentando la inexistencia de soporte médico para dicho procedimiento quirúrgico.

La vinculada Adres alegó en su favor la falta de legitimación en la causa por pasiva.

La accionada EPS guardó silencio, pese a haber sido debidamente notificada.

La *a quo* salvaguardó las invocadas garantías fundamentales de la actora, por lo que ordenó el tratamiento integral en salud para el diagnóstico de la promotora de la tutela, en especial lo referente al prescrito procedimiento quirúrgico, lo que conllevó a que la pasiva censurara la decisión, centrando su atención en el tratamiento integral en salud.

Frente a la anterior situación, de haber guardado silencio por parte de la entidad accionada durante el trámite de la tutela, no haciendo uso de su derecho a la defensa y contradicción, para luego recurrir el fallo, solicitando su revocatoria total, delantadamente, y como ya se advirtió, el Despacho fija su posición de considerar innecesario detenerse a revisar si los motivos de

su impugnación, son fundados o atendibles en segunda instancia, por las siguientes razones:

Está probado dentro del expediente que a la entidad accionada, tal como se dispuso en auto admisorio de la acción, mediante oficio N° 2138 del 23 de agosto del 2021, se le notificó dicha providencia, entregándosele copia de la demanda y de sus anexos, para efectos del ejercicio de su derecho de defensa y el debido proceso, lo que no hizo, guardando silencio al respecto, dentro del plazo concedido para ello, por lo que debió atenerse a las consecuencias de su propia incuria, esto es, que como la contestación de la demanda si bien es cierto, no es obligatoria para el demandado, si constituye un valioso instrumento que la ley le otorga para el adecuado ejercicio de su derecho de contradicción; de donde, al dejar de pronunciarse oportunamente sobre sus hechos y pretensiones y/o sobre sus afirmaciones o negaciones, es una conducta, que trae aparejada unas consecuencias graves para el mismo, no siendo ahora, el estadio o instancia, para debatir el supuesto fáctico denunciado, cuando tuvo la oportunidad procesal para ello, y no lo hizo.

Ciertamente, el Decreto 2591 de 1991, consagra una presunción de veracidad en los siguientes términos: *«ARTICULO 20. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.»*

Entonces, se hace necesario recordarle a la empresa accionada que la aplicación de la presunción de veracidad, obedece de igual manera, al desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que rigen la acción de tutela, y se orienta a brindar eficacia a la protección de los derechos constitucionales fundamentales y al cumplimiento de los deberes que la carta política ha impuesto; por lo tanto, mal haría el Despacho en premiar la inercia de la accionada, atendiendo ahora, los hechos y argumentos de su impugnación, dada su extemporaneidad, pues éstos se debieron debatir en la instancia, más cuando no fueron sometidos al análisis de la *a quo*, ni conocidos por la accionante, ni ha habido al respecto posibilidad de que se opongan, controvirtiendo lo pertinente, como corresponde al debido

proceso, pues admitir la posibilidad de que en esta instancia, se retrocediera a verificar aquellos hechos que constituyeron en su momento el cimiento para edificar la decisión tomada por la juez de primera instancia, conduciría, ni más ni menos, a reabrir un debate ya concluido, con claro desconocimiento del debido proceso y del derecho a la defensa de la accionante, por lo que en esta segunda instancia, ya no es posible volver a plantear los fundamentos de hecho y derecho que fueron examinados por la funcionaria de primer grado, ni convertir la impugnación en un pretexto para ello, más cuando el sistema jurídico de manera vista, prevé unas oportunidades y una vía procesal específica para defender sus derechos o controvertirlos, y si bien es cierto, que la impugnación es un derecho que tiene toda persona para controvertir las decisiones con las cuales no esté de acuerdo, también lo es que los motivos que la fundamentan deben haber sido sometidos a debate en su instancia respectiva, pero no pretender ahora, por medio de esta impugnación, subsanar su negligencia, para defender sus propios intereses.

Así las cosas, la impugnación resulta impróspera, por lo cual deviene inexorablemente la confirmación del fallo censurado, al estar ajustado a la legalidad; sin embargo, esta Judicatura procederá a revisar la actuación de la *a quo*, para determinar si se encuentra a derecho y, si es del caso, ajustarla a los preceptos legales y jurisprudenciales.

Bajo ese entendido, se evidencia que la patología que aqueja a la accionante ha sido debidamente diagnosticada por el médico tratante adscrito a Emssanar EPS, por lo que lo solicitado por la actora no puede ser considerado como una pretensión caprichosa, sin fundamento científico, sino que, por el contrario, es producto del criterio médico, por haber sido emitido por quien conoce de primera mano el estado clínico de la paciente, por lo que dictó las formulaciones que consideró pertinentes para atender la salud de la misma, las que no fueron atendidas oportunamente por la pasiva, toda vez que se sustrajo de su obligación, como administradora de salud, de expedir las respectivas autorizaciones, aun contando con los dictámenes del facultativo, quien, de manera clara y expresa, formuló, como el tratamiento más adecuado para la actora, el quirúrgico, consistente

en la cirugía de reducción de mama bilateral de carácter funcional², no estético, por lo que los ordenamientos proferidos por la juez de primer grado, en especial el relativo a la atención integral en salud, resultan necesarios para garantizar a la afiliada el cubrimiento de los requerimientos indispensables para atender su salud, máxime cuando quien la solicita, como ya se había considerado, cuenta con un diagnóstico claro que hace determinable e individualizable la orden de la juez de tutela.

Por lo tanto, al encontrarse cumplidos los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional (entre otras, la Sentencia T-178 de 2017), respecto de la atención integral, es procedente ordenarla mediante este mecanismo constitucional, toda vez que, se itera, existe una descripción clara de la patología debidamente diagnosticada por el médico tratante, y las órdenes médicas allegadas con el escrito de tutela están dirigidas a atender el diagnóstico en cuestión, más cuando la solicitada cirugía tiene fines funcionales³, y no meramente estéticos, resultando una obligación para la EPS garantizar su prestación a través de las IPS contratadas para ello, razones todas estas que conllevan a confirmar el fallo dictado en primera instancia, tal como se había manifestado en la tesis formulada frente al problema jurídico a resolver.

III. DECISIÓN

Con fundamento en lo antes expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán (C), el día 3 de septiembre del 2021, dentro de la presente Acción de Tutela impetrada por la señora **Anni Yamilé Salazar Galíndez** contra la accionada **Emssanar EPS**, por las razones antes anotadas.

² Folio 16 del archivo de escrito de tutela

³ Sentencia T-003 de 2019

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta determinación a los interesados, conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1.991.

TERCERO: REMÍTASELE electrónicamente la demanda de tutela, el fallo de primera instancia, el escrito de impugnación y esta sentencia de segunda instancia a la H. Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

James Hernando Correa Clavijo

Juez Circuito

Civil 001

Juzgado De Circuito

Cauca - Popayan

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

Código de verificación:

**8bd84266e15a1bed8d1d634fdff1da3c8b88eca0187f889317b5a
0082173d917**

Documento generado en 17/09/2021 11:45:47 AM

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