



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela No. 2021 – 0328
Proveniente del Juzgado Veintiuno (21) de Pequeñas Causas y Competencia
Múltiple de Bogotá D.C.
Sentencia Segunda Instancia

Fecha: 13 de mayo de 2021

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991, se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación del solicitante: (Art. 29 Núm. 1 D. 2591/91):

Carmen Claudia Lozano Peña, identificada con la C.C. No. 51.915.560, quien actúa a través de su apoderado Luis Antonio González Lozano.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Núm. 2 D. 2591/91):

La actuación es dirigida por la tutelante contra Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Se vinculó a la Superintendencia Financiera de Colombia, Fundación Santa Fe de Bogotá, EPS Aliansalud y la Superintendencia Nacional de Salud.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Núm. 3 D. 2591/91):

La accionante indica que se trata del derecho fundamental a la salud, seguridad social, vida en condiciones dignas, dignidad humana y a la vida.

4.- Síntesis de la demanda:

a. *Hechos:* La accionante manifestó que, el 25 de marzo de 2011, adquirió la póliza No. 3806611000052, fecha desde la cual ha venido cancelando lo facturado por la aseguradora. El 12 de abril de 2018, en un primer episodio de necesidad medica fue internada por urgencias en la Fundación Santa Fe de Bogotá, esta última pidió ante



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Mapfre Colombia la autorización para cubrir los gastos de los procedimientos, la cual fue negada en comunicación del 14 de abril de 2018, debiendo asumir en tal sentido la tutelante los gastos de este primer evento, los cuales ascendieron a la suma de \$186'033.891,11.

El 31 de marzo de 2019, por seguimiento de lo intervenido en el primer episodio, la Fundación Santa Fe ordena nuevamente hospitalización. En este segundo episodio la accionante asumió el valor total de sus procedimientos y hospitalización, los cuales ascendieron a la suma de \$221'132.597,00. De igual manera este servicio fue negado por Mapfre.

Indica que el 3 de marzo de 2021, por seguimiento de lo intervenido en el primer y segundo episodio, la Fundación Santa Fe ordena una serie de procedimientos quirúrgicos, con miras a implantar un catéter de quimio terapia. En este tercer episodio de necesidad medica se presentó ante Mapfre la autorización de servicios y fue negada.

Manifiesta que esta situación es de inminente riesgo de vida, encontrándose descapitalizada por los pagos efectuados en los anteriores eventos, afectando su patrimonio. Lo cual manifiesta no es justo al están al día en el pago de la póliza. Señala que Mapfre Colombia ha sostenido esta negación desde el 14 de abril de 2018, en que el diagnóstico actual correspondería a una preexistencia siendo una exclusión general de la póliza.

Argumenta que, ante la negativa descrita, se procedió por vía de derecho de petición impetrada ante Mapfre Colombia a que exhibiera y entregara copia del contrato inicial suscrito el 25 de marzo de 2011, para establecer si había o no preexistencias declaradas en dicho documento. La accionada dio respuesta donde adujo que *“Archivo respondió que después de una búsqueda exhaustiva, no se encontró reporte de salud, por tal motivo, no es posible enviar el documento requerido”*. Ello prueba la confesión de la aseguradora respecto a que no hay registro de preexistencias declaradas.

Señala la accionante que, nunca la aseguradora le realizo exámenes médicos antes de firmar la póliza. Por lo que pide, decretar que Mapfre Colombia Vida de Seguros S.A.,



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

atienda y asuma los gastos totales para atender el tratamiento de quimioterapia. Solicita a su vez, por economía procesal ordenar el reintegro de los dineros cancelados por los dos eventos anteriores, teniendo en cuenta que se le ha vulnerado su derecho al mínimo vital.

- b. *Petición:* Se ordene a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., la exclusión de las preexistencias incluidas en vigencia del contrato. En consecuencia, seguir prestando el servicio de salud como se había pactado al inicio de la relación contractual desde el 25 de marzo de 2011, sin oponer restricción alguna a la tutelante.

5- Informes:

- a) Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Manifestó que, se dispone de otro medio de defensa judicial, teniendo en cuenta que las peticiones invocadas por la parte accionante son de connotación exclusivamente contractual privada y mercantil, pues con la presente acción de tutela se pretende se realicen modificaciones al contrato relacionado con la póliza No. 3806612000227 a fin de que se excluyan las preexistencias, se haga reintegro de dineros y se continúen prestando los servicios a través de la póliza. Ahora, en lo que concierne al uso excepcional de la tutela como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable, es menester resaltar que no puede tratarse de cualquier perjuicio, sino que debe precisamente, como elemento fundamental, tener la característica de irremediable.

Indica que, en el 2011 la usuaria ingresa con 43 años, razón por la cual solo se solicita formulario de afiliación, copia del documento de identificación y afiliación a régimen contributivo. Los exámenes adicionales solo se realizan a mayores de 50 años. Solo por el reporte de historia clínica el área médica logra determinar que cuando la usuaria ingreso a la póliza ya tenía un diagnóstico de Neoplasia Musinosa apendicular desde el año 2003, es decir 8 años antes de que iniciara el contrato con Mapfre (un evento claramente preexistente) razón por la cual no tiene derecho a ninguna cobertura relacionada con dicho diagnóstico y se proceden marcar las preexistencias dentro de la póliza.

Adicionalmente entre el año 2003 y 2010, recibió varias cirugías (histerectomía, mastectomía, tiroidectomía, entre otros) derivadas de dicha condición. Efectivamente si las



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

hubiese declarado no hubiera sido un riesgo asegurable. No obstante, lo que debe resaltar es que son condiciones preexistentes y el vínculo contractual con MAPFRE fue hasta el 2011. Podemos verificar que la accionante conocía de su condición porque además del diagnóstico que tuvo desde el 2003, se le realizaron varios procedimientos quirúrgicos hasta el 2010, por lo que es más que evidente que la usuaria sabía perfectamente de la existencia de dicha patología, es decir eso desdibuja completamente la figura del seguro porque ya era un hecho cierto.

Alegó a su vez, falta de legitimación en la causa por pasiva e indicó que no se vinculó a la EPS, a fin de validar si a su cargo se realizó algún reconocimiento. Solicita declarar que Mapfre no ha vulnerado derecho fundamental alguno y la *litis* compete a la jurisdicción ordinaria por su carácter económico.

b) Superintendencia Financiera de Colombia

En relación con los hechos de la citada acción de tutela manifestó que no les constan. De la lectura de la demanda de tutela puede inferirse con suficiente claridad que la Superintendencia Financiera de Colombia no ha tenido participación en aquellos. Ahora bien, una vez revisadas las bases de datos del Sistema de Gestión Documental - SOLIP, que contiene la totalidad de la correspondencia gestionada por esa Superintendencia, no se encontró queja, petición o solicitud formulada por parte de la accionante, respecto de los hechos que se narran en la presente acción constitucional.

Precisó a su vez, las funciones de la Superintendencia Financiera de Colombia, lo atinente a la falta de legitimación por pasiva de dicha entidad y solicitó su desvinculación.

c) Superintendencia Nacional de Salud

Solicita desvincular a esta entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esta Entidad. En efecto, las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla con cabalmente con las obligaciones frente a “...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.” (Cfr. Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

En este contexto, las EPS están llamadas a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere con ocasión de la no prestación, o prestación indebida de los servicios de salud incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Esto comporta la directa asunción de responsabilidades en materia de servicios de salud a cargo de las EPS quienes actúan como verdaderos y directos responsables contractuales, y no el prestador de servicios de salud (IPS), quien podrá responder solidariamente con el asegurador (EPS), solo cuando este último habiéndose entregado por el asegurador, los elementos claves de atención, esto es los requisitos que se deben tener en cuenta para la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud, hagan caso omiso a estos generando lesión, enfermedad, o incapacidad en el usuario, por su omisión, arbitrariedad y desconocimiento de lo ordenado, pactado y contratado por el asegurador en salud. En consecuencia, la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, razón por la cual se configura falta de legitimación pasiva respecto de esa Entidad.

De igual manera, señaló lo referente a la medicina prepagada o planes complementarios. Precizando entre otras que, cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, hoy voluntarios, de salud celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del Plan Adicional, hoy voluntario, de Salud. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Para efectos de tomar un Plan Adicional, hoy voluntario, de Salud la entidad oferente podrá practicar un examen de ingreso, previo consentimiento del contratista, con el objeto de establecer en forma media el estado de salud de un individuo, para encauzar las políticas de prevención y promoción de la salud que tenga la institución respectiva y de excluir algunas patologías existentes. Conforme a los incisos 1º del artículo 37 de la Ley 1438 de 2011, que modifica el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales relacionadas con los servicios de salud, serán contratados voluntariamente y financiados en su totalidad por el afiliado o las empresas que lo establezcan con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización.

Es importante recalcar que las entidades que ofrecen planes adicionales hoy voluntarios de salud prestan servicios que corresponden de manera conmutativa con lo que se cancela, es decir, que nos encontramos ante un típico contrato comercial, que por su naturaleza es conmutativo y que por lo tanto las prestaciones se corresponden; es por ello que se pacta, por ejemplo, en estos contratos, la exclusión de la prestación de algunos servicios por preexistencias. Las entidades habilitadas para emitir planes voluntarios no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial según lo definido en el inciso 1º del artículo 41 de la Ley 1438 de 2011.

Adicionalmente, vale indicar que las relaciones contractuales entre la Entidad que ofrece Planes Voluntarios de Salud y las personas que suscriben contratos de este tipo de planes, se rigen por las cláusulas debidamente pactadas en dichos contratos. La ley prescribe que los contratos legalmente celebrados son ley para las partes y en ellas se obligan recíprocamente a lo que previamente firmaron.

Las preexistencias están reglamentadas en el Decreto Único de Salud 780 de 2016 , así: "*Artículo 2.2.4.1.17 Definición de preexistencia. Se considera preexistencia toda enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar existía a la fecha de iniciación del contrato o vinculación, sin perjuicio de que se pueda diagnosticar durante la ejecución del contrato sobre bases científicas sólidas. La demostración de la existencia de factores de riesgo, como hábitos especiales o condiciones físicas o genéticas, no podrá*



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

ser fundamento único para el diagnóstico a través del cual se califique una preexistencia. (Art. 1 del Decreto 1222 de 1994) Artículo 2.2.4.1.18 Exclusiones. Las exclusiones deberán estar expresamente previstas en el contrato. Sobre el particular se deberán precisar las patologías, los procedimientos, exámenes diagnósticos específicos que se excluyan y el tiempo durante el cual no serán cubiertos, por parte de la entidad de medicina prepagada. Las exclusiones que no se consagren expresamente no podrán oponerse al usuario. No se podrán acordar exclusiones sobre malformaciones, afecciones o enfermedades que se puedan derivar de factores de riesgo propios de estas. (Art. 2 del Decreto 1222 de 1994).

Sobre preexistencias el artículo 41 de la Ley 1438 de 2011 dispuso lo siguiente “*Artículo 41°. Protección al usuario. Las entidades habilitadas para emitir planes voluntarios no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial.*” Resaltado fuera del texto. Así las cosas, queda claro que la entidad que ofrece el Plan Voluntario de Salud debe cumplir con la totalidad de los servicios de salud ofrecidos de conformidad con las cláusulas contractuales pactadas con el usuario, ya que los contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones, dentro de las cuales están los servicios de salud ofrecidos y las características de los mismos, los riesgos amparados y sus limitaciones, por lo que una vez determinada con claridad la situación de salud del afiliado y/ o sus beneficiarios a la fecha del contrato de éstos con la entidad de medicina Prepagada, se deben consignar de manera expresa y taxativa las preexistencias y las exclusiones, de modo que las enfermedades y afecciones no comprendidas en alguna de estas dos situaciones deben ser asumidas por la entidad de medicina Prepagada con cargo al correspondiente acuerdo contractual. Es de anotar que a su vez existen diferentes Planes Voluntarios de Salud y que cada contrato de medicina Prepagada tiene sus propios anexos que son las preexistencias y las exclusiones, por lo tanto es imposible para esta Oficina conceptuar si los procedimientos requeridos por el accionante se establecieron como preexistencia o exclusión en el contrato o si dichos procedimientos están incluido en la cobertura del Plan de la Póliza de Seguro de Salud Global Familiar, ya que para ello se debe contar con el contrato firmado por las partes con todos sus anexos y con la descripción detallada del Plan.”



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Solicita, por último, declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia Nacional de Salud y desvincularlos de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela.

d) Fundación Santa Fe De Bogotá –FSFB

Aclara que, la Fundación Santa Fe de Bogotá –FSFB- no ha vulnerado ni amenazado en ningún momento los derechos fundamentales de la señora Carmen Claudia Lozano Peña, a quien, en sus ingresos a la Fundación Santa Fe de Bogotá, se le han suministrado los servicios de salud que ha requerido mediante un equipo médico multidisciplinario y en cumplimiento de los principios de oportunidad, pertinencia y alta calidad técnico-científica. Al respecto se resalta que en el escrito de tutela no se evidencia reproche alguno frente a esa Fundación.

Precisa que, la señora Carmen Claudia Lozano Peña, es una paciente de 53 años que ha ingresado en varias ocasiones a la FSFB. El último ingreso se generó a través del servicio de cirugía con diagnóstico hidronefrosis con estrechez ureteral, no clasificada en otra parte a cargo de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., donde se registró en historia clínica *“Conocida por mí con antecedente de sugar baker hace 2 años. hidronefrosis bilateral. Estuvimos en cirugía sin complicaciones. Hoy vuelve refiriendo que hizo una recaída que se confirmó a finales del año pasado. Ya fue valorada por oncología, quienes sugieren valoración. En el momento el plan es quimioterapia y luego cito reducción, según las respuestas. en el pet scan hidroureteronefrosis bilateral, que a mi juicio es la que tenía prequirúrgica. El riñón derecho es atrófico”*

Recuerda que las EPS del régimen contributivo y subsidiado son las entidades que por ley están obligadas al registro, recaudo y compensación de la UPC y son también responsables de la afiliación de los usuarios, la ubicación en la red de hospitales y de la prestación del Plan de Beneficios – antiguo POS- con el fin que sus afiliados cuenten con un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (Artículo 177 de la Ley 100 de 1993). Los afiliados al régimen contributivo, además de tener derecho a los servicios incluidos en el Plan de Beneficios -antiguo POS-, pueden contratar Planes Adicionales de Salud (PAS) definidos en el artículo 18 del Decreto 806 de 1998, y dentro del cual se consagró el Contrato de Medicina Prepagada.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Resalta que las pretensiones formuladas por la parte accionante solo pueden ser atendidas por las Entidades encargadas de autorizar la prestación de los servicios de salud requeridos por sus afiliados, ya sea en atención a los lineamientos estatuidos por el legislador o en virtud de un acuerdo de voluntades celebrado entre las partes. Razones por las cuales solicita su desvinculación.

e) Aliansalud EPS S.A.

Indicó que, consultada la base de datos de la entidad, se evidencia que la señora Carmen Claudia Lozano Peña, se encuentra afiliada a Aliansalud EPS, actualmente activa en sistema en calidad de cotizante dependiente quien reporta un IBC por valor de \$11.000.000. Precisa de igual manera que ha autorizado a la usuaria, los servicios que le han sido ordenados por sus tratantes, de conformidad con las coberturas del Plan de Beneficios en Salud (PBS) y, como se evidencia en el cuadro de utilidades que se anexa, en el cual se observa que la accionante se le ha garantizado la continuidad en el servicio y no presenta negaciones.

Al respecto, el área médica informa que la usuaria presenta diagnóstico por NEOPLASIA MUCINOSA APENDICULAR y PSEUDOMIXOMA, motivo por el cual solicita por medio de la presente acción de tutela a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., autorización para Quimioterapia de citoreducción en Fundación Santa Fe de Bogotá FSFB donde viene recibiendo tratamiento.

A su vez, informó que *“En primer lugar, es oportuno mencionar que, una vez validada la información de la usuaria en sistema, se puede evidenciar que esta entidad no le ha negado servicios, sin embargo, el servicio Quimioterapia de citoreducción fue prescrito por profesional de la Fundación Santa Fe de Bogotá FSFB, entidad que no se encuentra adscrita dentro de la red de prestadores de Aliansalud EPS.*

- Por el Plan de Beneficios en Salud se puede validar que la paciente en 2018 y 2019 puso en conocimiento las órdenes médicas de la FSFB, sin embargo, se dio autorización para Instituto Nacional de Cancerología para que fuera valorada y de allí determinarían tratamiento toda vez que FSFB no es de la red de Aliansalud EPS.

- El procedimiento de Sugar Baker si se tiene contratado en Instituto Nacional de Cancerología – INC, donde la paciente fue valorada como se puede observar, sin embargo,



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

la paciente según llamada no accedió y no le interesaba la red ofrecida por Aliansalud ya que ella ya había sido operada en abril de 2018 en primera cirugía de cito reducción la cual asumió particular.

- En mayo de 2018 Aliansalud había emitido autorización para cirugía de cito reducción en INC, la cual se anuló por provisión ya que no fue utilizada y se anula en abril de 2019. La segunda cirugía al parecer se practicó en 2019 y también fue asumida de manera particular.”

Relaciona de igual forma las comunicaciones con la usuaria durante el año 2018 y 2019. He indica que el día 9 de abril del presente año, el área médica estableció comunicación con la usuaria con la finalidad de ofrecer procedimiento por Sugar Baker en Instituto Nacional de Cancerología INC. De la comunicación mencionada telefónica anteriormente, se registró en sistema la tipificación entre otras “...Por la EPS ha acudido a uno que otro servicio de consultas y exámenes diagnósticos pero que la mayoría ella los ha tenido que asumir particularmente porque son ordenados por los médicos de la FSFB donde su aseguradora no ha cubierto nada. No le interesa sino ser tratada en la FSFB porque allí tiene su equipo de médicos de peritoneo que la valoran como son urólogo, oncólogo, cirugía general, coloprctologo. Le indico que si ella no había radico algún DP o reclamo para que la EPS pudiese cubrir dichas cirugías me indica que no porque ella no le interés que otra IPS conozca su caso y que en laguna ocasión indicamos que podía ser en INC pero no le interesa porque ya lleva historial en FSFB. Por ahora lo pendiente es una Cita por la EPS en HUSI el 15 de abril con oncología para determinar la colocación de catéter y llevar a cabo las quimioterapias allí por la EPS en HUSI pero que de acuerdo cómo evolucione el tratamiento tendrá que nuevamente ser llevada a cx y ella no desea en otra institución sino en FSFB. Agradece la información y llamada.”

La paciente accedió por su póliza a tratamiento en RED de dicha entidad, sin embargo, al no cubrirlo por Prexistencia, la paciente ha asumido todo de manera particular, sin embargo, es importante mencionar que la paciente ya desde 2005 le había realizado procedimiento importante (anexo descripción quirúrgica que indica tumor de ovario más carcinomatosis más pseudomixoma peritoneal) de ** 2006: HISTERECTOMIA + OOFORRECTOMIA + OMENTECTOMIA + CISTORRAFIA + HEMICOLECTOMIA DERECHA (SAN IGNACIO # DR. Otero).



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

A la paciente se le ofreció autorizar procedimiento de Sugar Baker en INC, pero según información telefónica ella no aceptó y no le intereso. Por ahora lo importante es que en este momento tiene pendiente valoración por Hospital Universitario San Ignacio - HUSI el 15 de abril para inicio de quimioterapia de acuerdo a indicación de su grupo de oncología de FSFB y ella no tiene problema en acceder a estas por parte de Aliansalud y la red dispuesta para ello, donde de acuerdo a valoración determinarán que tipo de quimioterapia deba llevarse, pero que de acuerdo con esta evolución del tratamiento podría ofrecerse la tercera cirugía de cito reducción (por ahora no está ordenada) y está también la desea en FSFB. Por ahora la cita es para implantar catéter y determinar qué tipo de quimio requiere.

En tal sentido aduce que, Aliansalud EPS ha garantizado a la usuaria, el acceso efectivo a los servicios y tecnologías de salud a través de su red de prestadores de salud. Tampoco ha negado servicios cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud a la Señora Carmen Claudia Lozano Peña, por el contrario, como ella misma lo ha manifestado, solo ha buscado recibir atención en Fundación Santa Fe con cubrimiento de su aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., por lo tanto, no ha utilizado las autorizaciones generadas por esta entidad para - El procedimiento de Sugar Baker si se tiene contratado en Instituto Nacional de Cancerología – INC.

A su vez, señala lo referente a la protección de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el tratamiento integral solicitado y la ausencia de violación de derechos fundamentales. Por último, solicita declarar la improcedencia de la tutela.

6.- Decisión impugnada:

Se resolvió la primera instancia de la siguiente manera:

a) Consideraciones:

En el caso bajo estudio, ese juzgador encuentra que: i. el proceso ordinario de responsabilidad civil contractual que debe surtirse ante la jurisdicción civil es idóneo y eficaz para determinar si de conformidad con la póliza adquirida, Mapfre Seguros debe o no asumir las prestaciones en salud requeridas por la accionante y, ii. el hecho de que se surta la vía ordinaria no implica que llegue a conjurarse un perjuicio irremediable. No



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

encuentra ese Despacho que la inminencia no es incontenible, pues con el adecuado empleo de los medios disponibles en el momento oportuno por parte de su EPS, se puede evitar el desenlace definitivo.

A la paciente se le ofreció autorizar el procedimiento requerido en los prestadores de su EPS, pero según información telefónica ella no aceptó y no le interesó. Además, en este momento tiene pendiente valoración por Hospital Universitario San Ignacio - HUSI el 15 de abril para inicio de quimioterapia de acuerdo con indicación de su grupo de oncología de FSFB, donde de acuerdo a valoración determinarían que tipo de quimioterapia debía llevarse y, de acuerdo con esta evolución del tratamiento podría ofrecerse la tercera cirugía de cito reducción (por ahora no está ordenada) y está también la desea en FSFB. Por ahora la cita es para implantar catéter y determinar qué tipo de quimio requiere.

En este sentido, no logra constatar este juzgador la ineficacia de la vía ordinaria para conceder el amparo como mecanismo definitivo, ni la inminencia, urgencia e impostergabilidad para conceder el amparo como mecanismo transitorio para evitar la acaecencia de un perjuicio irremediable, toda vez que los servicios de salud que requiere la accionante están siendo asumidos por su Empresa Promotora de Salud por medio de sus Instituciones Prestadoras de Salud de manera oportuna; distinto es, que la accionante tenga unas preferencias específicas respecto de los médicos tratantes y esté en condiciones económicas de asumirlas en tanto se resuelve si su aseguradora debe o no garantizarlas por tratarse de presuntas preexistencias.

b) Orden: Negar el amparo constitucional.

7.- Impugnación: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La parte accionante presentó impugnación, manifestando:

No se consideró frente al requisito de inmediatez el padecimiento que presenta la accionante, el cual de acuerdo con su patología puede resultar catastrófico, pues como se puede observar la negación del servicio ocurrió entre el 5 y 11 de marzo de 2021. De igual forma, debió haberse percatado de lo inminente de la acción de tutela para proteger no solo la salud de la tutelante sino de su vida.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Argumenta que, resulta ilógico pensar que la accionante deba acudir a la jurisdicción para que a través de un proceso verbal de responsabilidad civil contractual para determinar si la accionada debe asumir las prestaciones de salud que con suma urgencia requiere la demandante, apartándose el fallador de los precedentes constitucionales. Adjunto a ello, afirma el fallo que los servicios médicos están siendo asumidos por la EPS, sin tener en cuenta que la tutelante suscribió un contrato de medicina prepagada, que por su naturaleza conlleva una mejor prestación de servicio en salud.

De igual forma, alega que la entidad accionada desconoció en todo el principio de la buena fe, valiéndose con ello de la posición dominante. Mapfre no demostró ni anexó en el desarrollo de la primera instancia el contrato inicia firmado, no realizó exámenes médicos previos obligatorios, pues guardó silencio. Por lo anterior, debe ser revocado el fallo de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones de la acción.

8.- Problema jurídico:

¿La accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de la tutelante al negarse al cubrimiento de los servicios médicos ordenados con fundamento en el argumento de preexistencias?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Fundamentos de derecho: La atención en salud en los términos del art. 49 de la Constitución política tiene doble connotación, pues por un lado está regulado como un derecho constitucional; y por otro, en un servicio público de carácter esencial, correspondiéndole por ello al estado no solo organizar, sino además reglamentar su prestación según los fines de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

A efectos de resolver el presente asunto, debe precisarse que la Corte Constitucional en sentencia T-507 de 2017 señaló que las controversias suscitadas en planes adicionales de Salud pueden ser reclamadas vía acción de tutela, teniendo en cuenta cada caso particular, de tal manera indicó:

“No obstante, la jurisprudencia constitucional ha determinado que las controversias



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

suscitadas en relación con este Plan Adicional en Salud pueden ser reclamadas excepcionalmente por conducto de la acción de tutela cuando se cumplan las siguientes condiciones:

“(i) Se trata de personas jurídicas privadas que participan en la prestación del servicio público de salud; || (ii) los usuarios de las empresas que prestan los servicios adicionales de salud se encuentran en estado de indefensión frente a éstas, toda vez que dichas empresas tienen bajo su control el manejo de todos los instrumentos que inciden en el disfrute efectivo de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales ofrecidos ‘hasta el punto que, en la práctica, son ellas las que deciden de manera concreta si cubren o no el respectivo gasto en cada momento de la ejecución del contrato’¹ y, adicionalmente, tratándose de planes de medicina prepagada e incluso de pólizas de salud, los contratos son considerados de adhesión, lo que significa que las cláusulas son redactadas por las empresas y poco son discutidas con el usuario-contratante, situación que lo convierte en la parte débil de la relación comercial; y, || (iii) la vía ordinaria no es idónea ni eficaz para la resolución de un conflicto que involucra la violación o amenaza de derechos fundamentales como la vida y la dignidad de las personas, máxime cuando se acredita la existencia de un perjuicio irremediable, ya que la decisión resultaría tardía frente a la impostergable prestación del servicio de salud”².

En sentido similar, en la Sentencia T-392 de 2014 se indicó que “tratándose de la afectación de derechos fundamentales, el juez de tutela, atendiendo a los hechos particulares de un caso, puede entrar a analizar el contenido, la interpretación o el cumplimiento de un contrato determinado, y puede adoptar medidas tendientes a la protección de los derechos fundamentales vulnerados, de manera permanente o de manera transitoria, dependiendo de la claridad de los hechos alegados y de si se requiere el desarrollo de un proceso judicial específico en la jurisdicción correspondiente”³. Por ello, en numerosas decisiones esta Corporación ha precisado que el amparo es procedente excepcionalmente como consecuencia del desbordamiento de la autonomía, libertad o igualdad contractuales y en perjuicio del usuario de salud, o en el evento que se violen o amenacen sus derechos fundamentales⁴. Ello atendiendo que “las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada deben adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, la salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos”⁵.

A su vez, indicó que “En consecuencia, no obstante la jurisdicción civil o comercial es la competente para conocer de los conflictos suscitados en el marco de las cláusulas pactadas, ante la ineficacia de los medios ordinarios de defensa puede proceder la tutela excepcionalmente “cuando la celebración o ejecución de estos contratos involucra la efectividad y eficacia de derechos fundamentales”⁶, debido a que “(e)n efecto, se tiene que las acciones ordinarias, además de ser inútiles y tardías frente a la necesidad apremiante de los afectados de recibir atención médica, se dirigen prioritariamente a la recuperación económica del servicio, por lo que las personas que requieren de un servicio concreto de salud, no cuentan con otro

¹ Cfr. T-867 de 2007 y T-307 de 1997.

² Sentencias T-412A de 2014 y T-158 de 2010.

³ Sentencia T-089 de 2005.

⁴ Sentencias T-765 de 2008, T-196 de 2007 y T-660 de 2006.

⁵ Sentencia SU-039 de 1998.

⁶ Sentencias T-591 de 2009, T-140 de 2009 y T-636 de 2008.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

mecanismo diferente a la acción de tutela para lograr el amparo de pretensiones de esta índole⁷.

b.- Caso concreto: Analizado el trámite tutelar advierte el Despacho que la accionante deprecia la protección de sus derechos a efectos se ordene a Mapfre la exclusión de las preexistencias incluidas en vigencia del contrato y no oponer restricción alguna a favor de la tutelante.

En tal sentido, es importante reiterar que la Corte Constitucional ha precisado que la acción de tutela es improcedente para solucionar controversias originadas en contratos de planes adicionales, voluntarios o complementarios de atención en salud, en tanto estos deben ser ventilados en la jurisdicción ordinaria, dado que las normas aplicables son los Código Civil y Comercio.

“La solicitud de amparo constitucional se torna, en general, improcedente para solucionar las controversias que se originan en los contratos de planes adicionales, voluntarios o complementarios de atención en salud, debido a que sus normas especiales tienen mecanismos propios y acciones de resolución.”

(...)

“La naturaleza jurídica de la relación entre empresa y usuario es de carácter contractual, lo cual supone, que le son aplicables las normas pertinentes de los códigos Civil y de Comercio. Luego, “como en cualquier contrato legalmente celebrado, el de medicina prepagada es una ley para los contratantes que por él se obligan”. (T-507-17)

Ha de acortarse que, si bien se ha señalado la procedencia excepcional de la acción de tutela en dichos asuntos, la misma esta circunscrita entre otros requisitos a que la vía ordinaria no sea eficaz o idónea. En este asunto no se encuentra demostrado dicho requerimiento, ni se advierte porque no habría de ser adecuada, cuando además se está persiguiendo el reconocimiento de pretensiones de índole económico. Recuérdese que, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, determina como causal de improcedencia de la acción de tutela, que existan otros medios de defensa judiciales y estos no sean eficaces, salvo que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual ha sido acogido por la Corte Constitucional en providencias como la C-132 de 2018:

“Desde sus primeros pronunciamientos, refiriéndose al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, la Corte explicó:

⁷ Sentencias T-795 de 2008 y T-533 de 1996.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

“... la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido éste último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6° del Decreto 2591 de 1991).

Así, pues, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece - con la excepción dicha- la acción ordinaria.”⁸ (Subraya la Sala)⁹.”

Adjunto a ello, ha de observarse que como se aduce en el libelo tutelar, la negativa por preexistencia se ha alegado desde el año 2018, sin que sea hasta esta oportunidad que la actora procede a elevar acción de tutela, por lo que se desvirtúa un perjuicio irremediable. Esto como lo ha indicado la Corte Constitucional al manifestar que, *“Por lo anterior, esta Corporación ha reiterado las características que definen el perjuicio irremediable. En Sentencia T-328 de 2017 esta Sala de Revisión indicó que: “este se presenta ‘cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen’. Al respecto, la Corte ha establecido que para que se configure el perjuicio irremediable, éste debe ser: ‘(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) urgente, que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad’”.* (T-507-17)

Nótese a su vez que, como fuere indicado por el juez de primera instancia, a la accionante la EPS le ha ofrecido la posibilidad de realizarle los tratamientos ordenados, no obstante, es por su negativa que ha asumido los gastos de los tratamientos en la Fundación Santa Fe, al querer que sea allí donde la atiendan. De igual forma, si bien en la impugnación se aduce

⁸ Sentencia C-543 de 1992.

⁹ En este mismo sentido dijo la Corte en la sentencia SU-712 de 2013: “La acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario diseñado para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. De acuerdo con el artículo 86 de la Carta Política, ‘sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable’. La naturaleza subsidiaria de la tutela pretende evitar que se soslayen los cauces ordinarios para la resolución de las controversias jurídicas, se convierta en un instrumento supletorio cuando no se han utilizado oportunamente dichos medios, o sea una instancia adicional para reabrir debates concluidos.”



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

que, la pretensión de la accionante es hacer uso del contrato de medicina prepagada para realizar sus tratamientos. No es menos cierto que, si cuenta con la prestación del servicio de salud, por lo cual no se le estaría vulnerando el derecho reclamado. Adicional a esto resalta que conforme las alegaciones de las partes, debe ser efectivamente el juez natural del proceso ordinario quien resuelva sobre la posible preexistencia en el contrato suscrito, ello atendiendo las patologías de la tutelante y los tiempos de estas.

De otra parte, debe señalarse que argumenta el extremo actor la insuficiencia de recursos para seguir sufragando los gastos ocasionados por los tratamientos y procedimientos practicados y su afectación a su mínimo vital. Sin embargo, lo mismo no se comprueba de manera fehaciente, atendiendo el IBC reportado por la EPS, así como los reembolsos realizados por la EPS por dichos tratamientos. No obstante, en gracia de discusión, nuevamente se indica que la tutelante puede adelantar su tratamiento medico con la EPS, como esta le ha indicado en las comunicaciones realizadas.

Por tales motivos, ha de proceder este Despacho a confirmar la decisión impugnada, para que sea el juez de la jurisdicción ordinaria quien finalmente proceda a resolver sobre las pretensiones y excepciones aquí debatidas.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, por los motivos señalados en la parte motivada es esta sentencia,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión impugnada.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: NOTIFICAR la decisión por el medio más expedito

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO

JUEZ

PZT