

JUZGADO VEINTICINCO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., trece de febrero de dos mil veinticuatro

Acción de Tutela No. 110014003085 2023 01787 01

Procede el Juzgado a decidir la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela proferido el 5 de diciembre de 2023 por el JUZGADO OCHENTA Y CINCO (85) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ- (Transitoriamente JUZGADO SESENTA Y SIETE (67) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE BOGOTÁ) en la acción de tutela promovida por JUAN DAVID CABRA ZARAMA en contra COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA, y trámite dentro del cual se vinculó a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR Y EPS COMPENSAR, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES-, IPS VIVA 1A y el CENTRO MEDICO COLMEDICA COUNTRY PARK.

1. ANTECEDENTES

1.1. Juan David Cabra Zamara presentó acción de tutela reclamando la protección de las garantías fundamentales a la salud, seguridad social, dignidad humana e integridad física-

Solicitó:

B. PRETENSIONES ACCIÓN DE TUTELA

Primera: Sírvase Señor (a) Juez (a) tutelar mis derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, la vida digna, la dignidad humana, integridad física, y cualquier otro que considere pertinente.

Segunda: Consecuencia de lo anterior sírvase ordenar a Colmédica-medicina prepagada, autorice la realización de la cirugía de mi hombro izquierdo, de acuerdo a ordenes de cirugía emitidas por el doctor Felipe José Valbuena Bernal, médico ortopedista especialista en hombro, funcionario de Colmédica.

1.2. Expuso como fundamento factico, en esencia, que Colmédica por medio de su médico tratante el 17 de octubre del 2023, le ordeno cirugía de su hombro izquierdo, atendiendo su diagnóstico *“INESTABILIDAD ANTERIOR DE HOMBRO*

IZQUIERDO CON DEFECTOS ÓSEOS SUBCRIUTISO EN GLENOIDES Y DEFECTO DE HILL SACHS HUMERAL DE APROXIMADAMENTE 10-20", no obstante, este procedimiento fue denegado por la accionada en respuesta emitida el 11 de noviembre de 2023, bajo la causal de «preexistencia» de la enfermedad.

Manifiesta el actor que no está de acuerdo con las razones expuestas por la accionada porque al revisar el clausulado del Contrato de Medicina Prepagada suscrito el 1 de julio de 2023, no existe registro de preexistencias, por lo que estima que no hay justificación para negar la cirugía que requiere, pues la preexistencia a la que se refieren no está registrada en ese contrato. Si bien, la EPS Compensar determinó en el año 2012 "TRAUMATISMO E TENDON DEL MAGUITO ROTATORIO DEL HOMBRO" no existe relación alguna con el diagnóstico actual determinado por COLMEDICA en el año 2023 (fractura).

Concluye que la negativa de COLMÉDICA, pone en riesgo su salud y calidad de vida, teniendo en cuenta que su labor requiere el uso de computador, situación que implica utilizar sus dos brazos para realizar las actividades, además, es un paciente con obesidad y hasta el año 2023 pudo bajar 20 kilos, con dieta y ejercicio, pero debido a su patología, respecto a su hombro izquierdo no ha podido continuar con sus ejercicios desde el mes de octubre de 2023.

Finalmente indico que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la cirugía de manera particular.

1.3. Admitida y notificada la acción de tutela, los intervinientes se pronunciaron, de la siguiente manera.

1.3.1 COLMÉDICA MEDICINA PREGADA SA: Sostuvo que en efecto el señor CABRA ZARAMA presenta diagnóstico por M253 OTRAS INESTABILIDADES ARTICULARES, por lo cual solicitó autorización y suministro de CIRUGIA DE HOMBRO IZQUIERDO, no obstante, las coberturas del plan de medicina prepagada se encuentran limitadas y respecto a la pretensión del accionante, la misma se encuentra excluida por considerarse una patología preexistente, que de conformidad con la cláusula decima novena, no puede ser autorizada por esa entidad, sino que la obligada es su EPS COMPENSAR, dentro del Plan de Beneficios en Salud.

1.3.2 COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD: Manifestó que el accionado se encuentra activo en el PBS en calidad de cotizante dependiente, y que esa entidad en ningún momento ha negado los servicios de salud requeridos, y se le ha informado al interesado que *“COMPENSAR EPS se encuentra más que calificada para prestar los servicios que necesita la usuaria dentro de la red de servicios de la entidad. “*

No obstante *“no es posible la autorización de los servicios médicos señalados por el accionante, los cuales se prescribieron de manera particular por médicos o instituciones no adscritas a la red de la EPS. Al respecto, la Honorable Corte mediante Sentencia T 545 DE2014 señaló lo siguiente: “Un servicio médico requerido por un usuario, esté o no incluido en el POS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, como quiera que es la “persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente (...)”*

Motivo por el cual solicita ser desvinculado por falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.3.3 Superintendencia Nacional de Salud: Alego falta de legitimación en la causa por pasiva, y por lo mismo disponer su desvinculación.

1.3.4 ADRES: Manifestó que esa entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, en consecuencia pidió se ordene su DESVINCULAR del trámite de la presente acción constitucional.

1.3.5 CENTRO MEDICO COLMEDICA COUNTRY PARK: Alego solo la historia clínica del paciente.

1.3.6 Las demás vinculadas guardaron silencio.

2. EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado de primer grado, concedió el amparo luego de considerar que, respecto a COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA, no se encontraba cumplido el requisito de subsidiariedad *“circunstancia que por sustracción de materia impide a esta instancia abordar la problemática planteada, pues finalmente esta estriba en materializar un servicio excluido del contrato ZAFIRO ELITE No. 50002568402762,*

pedimento ante el cual la tutela no está llamada a prosperar, pues nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto de un escenario natural para su solución, precisamente ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil”, además no se evidencia que el accionante cumpla alguno de los presupuestos que posibiliten la procedencia excepcional de la tutela, en consecuencia no ameritada la intromisión del juez constitucional.

No obstante respecto a COMPENSAR EPS, adujo que la referida entidad, pese a que el accionante no había adelantado ningún trámite, con ocasión a la acción de tutela, manifestó *“que no resultaba posible la realización del procedimiento quirúrgico que solicita el señor CABRA ZARAMA, en atención a que el mismo había sido ordenado por una institución que no estaba adscrita a su red de prestadores; es decir, negó su realización por razones de tipo administrativo mas no por criterios medico científicos.”*

Argumento que considero desproporcionado, en tanto imponía una carga administrativa al accionante, pues ello implicaba un formalismo que sometía al paciente a *“permanecer en un estado de enfermedad, habida cuenta de toda la sintomatología que conllevan sus diagnósticos, pues esa postergación del procedimiento que requiere, le impide gozar de una mejor calidad de vida y el mayor bienestar posible, desnaturalizando el objetivo que tienen las promotoras de salud y sus prestadores al interior del SGSSS.”*

En consecuencia, determino que a COMPENSAR EPS, le correspondía conceder el resguardo rogado y dictar la medida de protección pertinente, por lo que ordenó a esa EPS, que: *“en el término de ocho (8) días contados a partir de la notificación de este fallo, realice a través de su red de prestadores de servicio, el procedimiento médico denominado «818307: Reparación de hombro por artroscopia – lateralidad izquierda» y «819310P CAPSULORRAFIA TIPO BANK ART PARA LUXACIÓN DE HOMBRO POR ARTROSCOPIA PAQUETE», sin que pueda negarse la atención por ningún motivo de carácter netamente administrativo y siempre que las condiciones médicas del paciente lo permitan.”*

Dispuso adicionalmente, la desvinculación de COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA, y demás vinculadas.

3. LA IMPUGNACIÓN

En tiempo, la EPS COMPENSAR impugnó el fallo de primer grado, pidió su revocatoria, y manifestó que la carga que impuso el ad-quo era arbitraria y excesiva, pues no tuvo en cuenta que la cirugía no fue ordenada por los médicos adscritos a la red de Compensar, sino que fue prescrita por los médicos tratantes del programa de medicina prepagada con la que goza el usuario.

Agrego que “*NO EXISTE ORDEN MÉDICA DE LA RED DE COMPENSAR EPS PARA LOS SERVICIOS SOLICITADOS*”, en consecuencia, no se puede determinar la necesidad del servicio del accionante, y que el Juez de tutela le está vedado resolver acerca de la prestación de un servicio sin que medie orden, concepto o prescripción.

Por lo anterior, considera que la acción de tutela es improcedente, y debe negarse, toda vez que, la EPS COMPENSAR ha brindado todos servicios que ha requerido el accionante conforme a las coberturas del sistema general de seguridad social.

4. CONSIDERACIONES

4.1 La acción de tutela es un mecanismo eminentemente excepcional y residual idóneo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a la vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas, y en algunos casos de los particulares, siempre que no se disponga de otra vía judicial expedita para ello, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al tenor de lo preceptuado en los artículos 1º, 5º y 8º del Decreto 2591 de 1991.

4.2 En relación con el **derecho fundamental a la salud** la Corte Constitucional, ha sostenido que “...*el derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo.*”¹

Esa Corporación igualmente ha sostenido que la protección constitucional del derecho a la salud tiene su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta, no desde una perspectiva biológica u orgánica,

¹ Corte Constitucional, Sentencia T -737 de 2013.

sino como *“la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable”*²

4.3 En el caso objeto de estudio el accionante aduce una vulneración a los derechos fundamentales por parte de la accionada COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA con ocasión a la orden de la intervención quirúrgica de su brazo izquierdo, prescrita por dicha entidad, y que fue negada su autorización, en virtud del contrato de medicina prepagada suscrito con el actor constitucional, en tanto, consideraron se trataba una “preexistencia”, que no cubre dicho convenio contractual.

La Corte Constitucional en sentencia T-867 de 2007, precisó que *“La Ley 100 de 1993 (Art. 169), dispone que las entidades promotoras de salud podrán ofrecer planes complementarios al plan obligatorio de salud (régimen contributivo), que serán financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias.”*

A su turno, el decreto reglamentario 806 de 1998 (Arts. 18 y 19), define los planes de atención adicional en salud -PAS-, como *“aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria”, y establece como modalidad de PAS la medicina prepagada, que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1486 de 1994 (Art. 1°), es definida como “[e]l sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente decreto, para la gestión de la atención y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.”*

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha determinado que las controversias 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:³

(i) Se trata de personas jurídicas privadas que participan en la prestación del servicio público de salud; || (ii) los usuarios de las empresas que

² [Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014](#), reiterada T- 131 de 2015

³ Sentencias T-412A de 2014 y T-158 de 2010

*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’ 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 imposterizable prestación del servicio de salud**” (subrayado fuera de texto)*

Si bien como regla general las controversias que se susciten con ocasión a los contratos, relacionados con los planes adicionales de salud deben ser dirimidas por la jurisdicción ordinaria, puede darse el caso que estas trasciendan al ámbito de los derechos fundamentales, suceso en el cual corresponde a la jurisdicción constitucional, salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley.

Sobre este punto se considera trascendental, determinar si al momento de la suscripción de contrato de medicina prepagada, existía una expresa y clara exclusión de la preexistencia del accionante, y en la cual se fundamenta la negativa de la accionada COLMEDICA para no acceder a la prestación del servicio.

Para solucionar el anterior planteamiento, sobre el tema de las exclusiones por preexistencia en los contratos de medicina prepagada y el derecho fundamental a la salud, ha dicho la Corte Constitucional que:

“Se entiende por “preexistencia” la enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar, existía a la fecha de iniciación del contrato o vinculación, sin perjuicio de que se diagnostique durante la ejecución del mismo sobre bases científicas sólidas.

*“Así mismo, las “exclusiones” deberán quedar expresamente previstas en el contrato. Sobre el particular se deberán precisar las enfermedades, procedimientos y exámenes diagnósticos específicos que se excluyan, y el tiempo durante el cual no serán cubiertos por la entidad de medicina prepagada, no siendo oponibles al usuario las que no estén expresamente allí consignadas.”*⁴

Conforme con lo anterior, la Corte ha expresado en diferentes pronunciamientos, que, desde el momento mismo de la celebración del contrato, quienes lo suscriben deben dejar expresa constancia de las enfermedades, padecimientos, dolencias y menoscabos de salud que ya venían sufriendo los beneficiarios del servicio, que, por ser preexistencias, no quedarán amparados dentro del mismo.

En efecto, la jurisprudencia ha señalado que previamente a la celebración de un contrato de medicina prepagada, la entidad contratante, **tiene la obligación de practicar a los futuros usuarios los exámenes correspondientes, para determinar con claridad las enfermedades o dolencias de estos, que por ser preexistentes serían excluidas del contrato.** Tales excepciones de cobertura no pueden estar señaladas en forma genérica, pues la compañía tiene la obligación de comprobar, por medio de los exámenes previos a la suscripción del contrato, *“cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario”*⁵

En tal sentido, en la referida sentencia T184 de 2014 esa corporación ha presentado, una línea jurisprudencial similar de pronunciamientos, y ha indicado que:

*“... la entidad de medicina prepagada, durante el desarrollo del contrato, no está facultada para definir de manera unilateral que determinada patología, a pesar de no haberse excluido expresamente al momento de suscribir el contrato, se había venido desarrollando desde antes de la celebración de aquel y, en consecuencia, debe considerarse excluida. En tal evento, se entiende que **si la compañía omitió su obligación de realizar el examen médico previo o si, a pesar de hacerlo, éste fue insuficiente para detectar las posibles enfermedades del usuario, no puede negarse a***

⁴ sentencia T184 de 2014

⁵ Cfr. T-471 de mayo 2 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

prestar determinados servicios médicos requeridos por el paciente bajo el argumento de que se trata de una preexistencia o enfermedad congénita.⁶ (subrayado y negrilla fuera de texto)

En el caso bajo estudio, de las pruebas que obran dentro del expediente, el documento denominado “**caratula del contrato de gestión para prestación de servicios de medicina prepagada**”, allegado por la entidad accionada, contiene un acápite denominado: “**exclusiones por preexistencias**”, se encuentra en blanco, es decir que para el 01 de julio de 2023, no se tuvo en cuenta alguna del señor JUAN DAVID CABRA ZARAMA, que debiera ser excluida, según el contrato Zafiro Elite No 50002568402762.

Frente a lo cual la entidad accionada refiere que dentro de la “*semiología médica, en la consulta los puntos de “Motivo de consulta”, “Enfermedad actual” y “Antecedentes” son SIEMPRE anotados según lo referido por el mismo paciente, lo cual es conocido como “Anamnesis”; ello quiere decir que los datos que reposan en la historia clínica con un objetivo diagnóstico son proporcionados por el accionante.*”

Teniendo en cuenta lo anterior en sentencia T 775-15 MP María Victoria Calle Correa concluyo; que:

“Una entidad de medicina prepagada vulnera derechos fundamentales cuando (i) interrumpe o niega la continuidad en la prestación de los servicios de salud, modificando a su vez las condiciones iniciales del contrato de aseguramiento, con base en una declaración general del paciente al momento de ser atendido por urgencias sin que medie ninguna otra consideración médica del hecho de ser preexistente la enfermedad cuyo amparo no fue excluido en forma expresa y, (ii) estas decisiones afectan o amenazan la salud de sus usuarios. En estos casos, la acción de tutela se constituye en un mecanismo judicial procedente para pronunciarse sobre la protección de dichos derechos fundamentales.”
(Subrayado por el despacho).

Así las cosas y en línea con la jurisprudencia aquí trazada, es evidente que la referida “exclusión” no se advierte expresamente, dentro de la texto del contrato que tiene el promotor con la convocada. Mírese que, conforme a la jurisprudencia constitucional citada **“si la compañía omitió su obligación de realizar el examen médico previo o si, a pesar de hacerlo, éste fue insuficiente para detectar las posibles enfermedades del usuario, no puede negarse a prestar determinados servicios médicos requeridos por el paciente bajo el argumento de que se trata de una preexistencia o enfermedad congénita”**

Bajo este panorama, queda claro que, contrario a como lo expuso el Juez de primera instancia, COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA, si vulneró los derechos fundamentales del actor ante la negativa del mentado procedimiento, máxime cuando no existe prueba alguna que acredite que al momento de ser afiliado a COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA, presentara alguna enfermedad congénita o preexistente.

Basten las presentes consideraciones, para modificar el numeral segundo y quinto de la providencia impugnada, todas que se encuentra probada la existencia por parte de COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA, la orden para la práctica quirúrgica y como reitero no se encuentra excluida en el contrato suscrito por las partes.

5. CONCLUSIÓN

En estas condiciones la sentencia impugnada habrá de modificarse respecto al responsable de realizar el procedimiento quirúrgico al accionante, esto es COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA y deberá ABSOLVERSE a COMPENSAR EPS.

6. DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de este Distrito Capital de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

6.1. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de 5 de diciembre de 2023, el cual quedará así:

“**Segundo: ORDENAR a COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA** que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de este fallo, programe, autorice y practique el procedimiento médico denominado “818307: Reparación de hombro por artroscopia – lateralidad izquierda» y “819310P CAPSULORRAFIA TIPO BANK ART PARA LUXACIÓN DE HOMBRO POR ARTROSCOPIA PAQUETE».

6.1.2 MODIFICAR el numeral Quinto de la sentencia de 5 de diciembre de 2023, el cual quedará así:

Quinto: ABSOLVER a COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, la IPS VIVA 1ª S.A y al CENTRO MEDICO COLMEDICA COUNTRY PARK, por las razones expuestas en este proveído.

6.2. CONFIRMAR el numeral tercero y cuarto, pero en relación con COLMEDICA

6.3 NOTIFICAR esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

6.4. REMITIR las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

LUIS AUGUSTO DUEÑAS BARRETO

T- 2023-01787-01

ysl