

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA

Palmira (V.), dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia TUTELA 2a. Instancia No. 128

Rad. 76-520-40-03-006-2023-00341-01

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el despacho a resolver el recurso de **IMPUGNACIÓN** presentado por la accionante, contra la sentencia **Nº 144 del 12 de octubre de 2023¹**, proferida por el **Juzgado Sexto Civil Municipal de Palmira, Valle del Cauca**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada por la señora **GLORIA GALLEGOS LOPEZ**, identificada con **CC No. 31.159.629**, en nombre propio, contra **COSMITET LTDA CORPORACION DE SERVICIOS MEDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA**. Asunto al cual fueron vinculados: el **MINISTERIO DE LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES”**, el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES FIDUPREVISORA**, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, la **SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE PALMIRA (V.)**, la **SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA**, doctor **HERNANDO ARTURO DE VIVEROS GOMEZ**, la **PERSONERÍA MUNICIPAL DE PALMIRA (V.)**, las **SECRETARIAS DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL DE PALMIRA**, el sindicato **SUTEV, BMI SEGUROS COLOMBIA, WORLD TRAVEL ASSIT IPS**, la **IPS MORENO REYES S.A.S.** y la **IPS CLÍNICA PICASSO**.

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

¹ ítem 032 Expediente Digital

La accionante solicita que le sean amparados los derechos fundamentales a la **salud, vida, a la seguridad social, al mínimo vital.**

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La accionante manifiesta que, a finales del año 2015 empezó a padecer de dolores intensos en ambos senos, que no le permitían desarrollar su vida de forma normal, y después de realizar los respectivos chequeos médicos y a las imágenes ecográficas (mamografías y demás), fue remitida a la especialista en cirugía plástica con un profesional adscrita a Cosmitet Ltda., quien identificó la causa de los dolores intensos producidos por la deformación y ruptura de una de las prótesis por mamoplastia realizada en años anteriores.

Indica que, el día 02/03/2016, la especialista en cirugía plástica le recomendó y solicitó a Cosmitet Ltda., la aprobación y autorización de extracción y cambio de implante de mama y mastopexia bilateral (reconstrucción de mama con prótesis), dando por entendido y evidenciando que el procedimiento quirúrgico no representaba un procedimiento estético, la especialista procede enviar a la entidad accionada las respectivas ordenes de servicios del procedimiento quirúrgico ambulatorio, exámenes de laboratorio y anestesiólogo, inicialmente Cosmitet Ltda., niega el procedimiento quirúrgico por considerarlo de tipo estético.

Dice que, presenta acción de tutela para que se le proteja sus derechos a la salud en conexidad con la vida y la seguridad social, fallo que sale a su favor y ordene a Cosmitet Ltda., autorizar y programar el procedimiento quirúrgico, por lo que el día 08/04/2016, le realizan el procedimiento por ruptura de prótesis bilateral y clínica de contractura con mastalgia severa bilateral. A principios del 2021, nuevamente aparecieron los dolores en los senos por lo que le practicaron mamografía y demás ayudas diagnósticas, evidenciado quistes y malformaciones que generan dolor intenso.

Expresa que, fue remitida a la especialista en cirugía plástica, quien realizó el procedimiento quirúrgico ambulatorio para retiro y cambios de prótesis, y a reglón seguido procede hacer un recuento de las autorizaciones que le han emitido en los últimos los años, y en conclusión le sugieren y recomienda a Cosmitet Ltda., aprobar y autorizar el procedimiento quirúrgico ambulatorio para el retiro definitivo de prótesis, reconstrucción de mamas, pero pasaron 2 años y las ordenes de servicios se quedaron archivadas en el área de auditoria médica de esa entidad.

Afirma que, el día 04/05/2023 por recomendación del médico general de Cosmitet Ltda., fue atendida nuevamente quien registró en la historia clínica el estado actual, paciente con

enfermedad fibroquística y mastalgia crónica, con ruptura de prótesis mamaria y contractura que aumenta la mastalgia, envía ordenes de servicios médicos a Cosmitet Ltda., de forma urgente para realizar el procedimiento por complicación mecánica de prótesis e implante de mama, pasaron los días y no hubo respuesta alguna.

Asegura que, dado lo anterior, consultó con un especialista en cirugía plástica, quien coincidió en la gravedad del estado de su salud por la afectación de las mamas, optó por realizar el procedimiento quirúrgico de forma particular, para el cual realizó un crédito con una institución bancaria para sufragar los gastos del procedimiento quirúrgico por valor aproximado de \$15.000.000.

Que el día **19/05/2023**, le practicaron el procedimiento quirúrgico, y el especialista le expide una incapacidad desde 22/05/2023 al 02/06/2023, por 12 días, procediendo a radicar el certificado de incapacidad expedido por el médico especialista que realizó el procedimiento quirúrgico ante Cosmitet Ltda., para la respectiva transcripción, recibiendo como respuesta que no aprobaron la transcripción de la incapacidad, sin explicación alguna.

Por lo narrado considera vulnerados sus derechos fundamentales, y acude al trámite que nos ocupa para solicitar que se protejan sus derechos, se le ordene a Cosmitet Ltda., autorizar y realizar la transcripción de la incapacidad, otorgada por 10 días, comprendida desde el 23/05/2023 al 02/06/2023, el reembolso por los valores cancelados producto del procedimiento quirúrgico efectuado por el especialista en cirugía plástica por valor de \$15.592.715.

LAS RESPUESTAS DE LA ACCIONADAS Y VINCULADAS:

En el ítem 006 del expediente, actuación de primera instancia, se cuenta con la respuesta de BMI COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. indicó que, esa compañía no tiene conocimiento ni injerencia en la prestación o reconocimiento de servicios de salud e incapacidades a través del SGSSS.

No obstante señala que **BMI Colombia S.A., emitió el 18/05/2023** un seguro de Salud de complicaciones en Cirugías No.000470 – Certificado P-150682 de titularidad de la accionante cuya vigencia comprende el periodo 19/05/2023 al 18/07/2023, y precisa que la póliza de complicaciones en cirugías es un seguro de carácter eminentemente indemnizatorio, a través del cual, se amparan "los gastos médicos intrahospitalarios, post-hospitalarios y farmacéuticos del asegurado por complicaciones médicas derivadas de

alguna de las cirugías cubiertas (...)", por tanto solicita su desvinculación dada la falta de legitimación en la causa por pasiva.

En el ítem 007 del expediente, actuación de primera instancia, se cuenta con la respuesta de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, quien manifestó que, tratándose de pretensiones de carácter económico, es de exclusivo cargo de la EAPB Cosmitet Ltda., el reconocimiento y pago de la acreencia base de esta acción, de manera que esa Secretaría carece de competencia para incidir en temas administrativos de las EAPB, siendo la vinculación del Departamento –Secretaría de Salud del Valle del Cauca, accesoria, no vinculante desde el ámbito de las competencias establecidas en la Ley 715 de 2001, en concordancia con el nuevo plan de desarrollo Ley 1955 de 2019, solicita su desvinculación.

En el ítem 008 del expediente, actuación de primera instancia, se cuenta con la respuesta de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, quien pidió negar el amparo solicitado respecto a ella, pues de la documentación aportada, resulta que no ha desplegado conducta alguna que vulnere los derechos fundamentales de la actora, por ello solicita ser desvinculada del presente trámite

En el ítem 010 del expediente, actuación de primera instancia, se cuenta con la respuesta de la FIDUPREVISORA S.A., indicó que, esa entidad surtió la obligación contractual que le corresponde, que es la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes, en este caso Cosmitet Ltda., por lo que resulta claro que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad.

Sobre la transcripción de incapacidades para procedimientos estéticos, en primera medida recalca que la solicitud de la accionante parte de la práctica de un procedimiento estético, el cual se encuentra excluido del plan de salud del Magisterio, por ende, todo lo derivado de este corre con la misma suerte, y solicita su desvinculación

En ítem 011 del expediente, actuación de primera instancia se cuenta con la respuesta de la accionada COSMITET LTDA CORPORACION DE SERVICIOS MEDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA, manifestó que, esa entidad ha garantizado a la accionante plena cobertura a las atenciones en salud que ha requerido ordenadas por los médicos tratantes adscritos a la red.

Respecto de la transcripción de la incapacidad médica expedida por médico particular, manifiesta que el día **07/06/2023**, emitieron respuesta de negación a transcripción de incapacidad por procedimiento de explantación mamaria, toda vez que las incapacidades médicas generadas por procedimientos estéticos o lo que se derive de ellos, o por procedimientos no contemplados dentro del plan de atención del Régimen de Excepción de Magisterio (los procedimientos estéticos se encuentran expresamente excluidos), no son objeto de transcripción, además se debe tener en cuenta que con relación con el reconocimiento económico de la incapacidad médica, la entidad pagadora de la nómina del magisterio, es la secretaría de educación.

En cuanto a la solicitud de reembolso pretendida por la usuaria, observa que de manera autónoma y particular decidió realizarse un procedimiento estético hace varios años atrás, el cual no fue autorizado por Cosmitet, sin embargo, existen múltiples registros en su sistema que evidencian la atención brindada con respecto a laboratorios, formulas y consultas médicas especializadas autorizadas y prestadas para tratar su situación. En el mes de mayo fue valorada por cirugía plástica que ordenó valoración por anestesiólogo, que se autorizó mediante orden 14180718, con el fin de continuar con su procedimiento y tratamiento, lo que permite evidenciar que Cosmitet no se ha negado a la solicitud de servicios médicos requeridos por la usuaria y no existe actualmente una negación de estos servicios, por lo tanto no procede reconocer un reembolso

Asegura que, no se evidencia prueba siquiera sumaria de la solicitud de formal de reembolso, la cual se está realizando con la presentación de la presente acción constitucional, es decir la solicitud de reembolso es tardía (Superior a tiempos Estipulados), ya que debía hacerse en los quince (15) días siguientes al alta de la paciente. Además, no se evidencia coherencia en los soportes enviados para la reclamación del reembolso, que soporten la solicitud realizada por la accionante, por lo que Cosmitet, en ningún momento negó los servicios de salud requeridos por la usuaria, como lo indica la norma, el presenta caso, no se enmarca en ninguna de las tres causales taxativas para el reconocimiento del reembolso según la Resolución 5261 de 1994, la cual procede a transcribir.

En el **ítem 016 del proceso electrónico**, la **SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE PALMIRA (V.)**, solicito ser desvinculados por cuanto le corresponde a las aseguradoras y prestadores, cumplir con los requerimientos del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad.

A ítems 013 y 031 del expediente, actuación de primera instancia se cuenta con la respuesta de la SECRETARIA DE SALUD DEL MUNICIPIO DE PALMIRA, quien expuso la falta de legitimación en la causa por pasiva, por no haber vulnerado derechos fundamentales a la accionante.

En el **ítem 016 del proceso electrónico, la y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, indicó que, como quiera que en este caso el problema jurídico a resolver corresponde a la transcripción de una incapacidad y reembolso por los valores cancelados producto del procedimiento quirúrgico de la accionante afiliada al régimen de salud contributivo (Cosmitet Ltda.), esa Secretaría carece de competencia para inmiscuirse en asuntos respecto a la salud, en tanto se reitera que, sus funciones propias están consignadas en artículo 151 de la Ley 115 de 1994.

EL FALLO RECURRIDO

El señor **Juez Sexto Civil Municipal de Palmira, Valle del Cauca (ítem 32 expediente electrónico)**, en su fallo decidió declarar improcedente la acción de tutela, por cuanto de las piezas probatorias que fueron observadas y validadas para la toma de esa decisión constitucional, además de los principios constitucionales llamados para sustento del criterio, se colige que no existe lesión de las garantías anunciadas por la accionante, lo que descarta emitir algún ordenamiento tendiente a proteger sus derechos fundamentales.

LA IMPUGNACIÓN

A **Ítem 035 del expediente de primera instancia**, la accionante **GLORIA GALLEGÓ LÓPEZ**, presentó escrito de impugnación solicitando revocar la sentencia de primera instancia para que en su lugar se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a Cosmitet Ltda., realizar la transcripción de la incapacidad comprendida desde 22/05/2023 al 02/06/2023, por de 12 días, expedida por su médico tratante de manera particular, y desiste sobre la pretensión de reembolso de valores asumidos para la cirugía con médico especialista particular.

CONSIDERACIONES

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: por activa, la tiene la señora **GLORIA GALLEGÓ LÓPEZ**, dado que aquella resulta ser la titular de los derechos fundamentales invocados a saber: la **salud, vida, seguridad social, mínimo vital**, por ende, se encuentra

legitimada para ser parte activa en esta acción constitucional prevista en el artículo 86 correspondiente, con independencia del resultado final de la acción propuesta.

Por la parte accionada lo está **COSMITET LTDA CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA**, entidad a la cual se encuentra afiliada la precitada y **BMI SEGUROS COLOMBIA** acorde al Seguro de salud de complicaciones en Cirugías No.000470 – Certificado P-150682 de titularidad de la accionante cuya vigencia comprende el periodo 19/05/2023 al 18/07/2023, que expresa fue emitido el **18/05/2023**

No se encuentran legitimadas las entidades vinculadas: el **MINISTERIO DE LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES”, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES FIDUPREVISORA, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE PALMIRA (V.), SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, doctor HERNANDO ARTURO DE VIVEROS GÓMEZ, PERSONERÍA MUNICIPAL DE PALMIRA VALLE, , WORLD TRAVEL ASSIT IPS, MORENO REYES S.A.S., CLÍNICA PICASSO**, acorde a sus funciones.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con los artículos 1º y 33 numeral 1 de la ley 1564 de 2012, en atención al factor funcional.

EL PROBLEMA JURÍDICO: Conforme las pretensiones de la accionante y los motivos de impugnación presentados le corresponde a esta instancia determinar, ¿si es procedente revocar la sentencia de primera instancia en la forma pretendida por la impugnante? Ante lo cual se contesta en sentido **negativo** por las siguientes razones.

1. El carácter subsidiario de la tutela. Cabe recordar que la acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 como mecanismo de defensa para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por medio de un procedimiento preferente y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales de carácter fundamental, es decir inherentes a toda persona por ser tal, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares (respecto de éstos últimos en los casos señalados por el art. 42 del Decreto 2591 de 1991), **ante la ausencia de otro mecanismo de defensa judicial o ante la existencia de un perjuicio irremediable.**

Igualmente, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, consagra en su numeral primero que la tutela no procederá:

"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante"

2. Para avocar el conocimiento de la presente acción constitucional se tiene que la señora **GLORIA GALLEGOS LÓPEZ** pretende por vía de tutela la protección de los derechos constitucionales fundamentales a la **seguridad social (art. 48 constitucional), mínimo vital**, invocados bajo el entendido que resultan afectados por la no transcripción de la incapacidad, otorgada por 12 días, comprendida desde el 23/05/2023 al 02/06/2023, lo cual nos ubica en el campo de la legislación laboral.

No se atiende acá el pretendido reembolso por los valores cancelados producto del procedimiento quirúrgico efectuado por el especialista en cirugía plástica al cual acudió en forma particular, pretensión desistida por la accionante tal como se lee en el memorial de impugnación visto a ítem 16, folio 9 de la primera instancia y si no fuere así tampoco resulta de buen recibo por tratarse de una pretensión netamente económica, para lo cual no fue prevista esta acción judicial.

Téngase bien claro que si bien a través de su memorial de impugnación la accionante insiste en tener una situación de salud, en cuya virtud pretende el amparo constitucional, lo cierto es que actualmente el mismo ya fue superado por razón de haberse sometido a una cirugía cuyo costo particular según afirma fue de \$15.592.715. Luego el tema de salud que sí puede ser objeto de amparo, ya se encuentra superado.

3. Comoquiera que la accionante insiste en obtener, por vía de tutela, la orden de pago de una incapacidad laboral producto de una procedimiento quirúrgico realizado por un médico particular, se recuerda como jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha previsto como regla general que, las reclamaciones de índole laboral no deben ser resueltas por la vía de la tutela, ni por cuenta del juez constitucional, dado el carácter subsidiario de esta acción, tal como se deriva de la lectura del decreto 2591 de 1991, artículo 6, numeral 1 que así lo dispone, habida consideración además de la existencia del juez natural como lo es el laboral, y de la regulación laboral que rige dicha jurisdicción. Sin embargo por excepción ha admitido su procedencia cuando esté en riesgo o vulnerado el **mínimo vital** del accionante trabajador entendido así:

"Respecto al derecho al mínimo vital esta Corporación ha señalado que este presenta dos dimensiones de desarrollo. Una dimensión positiva, que se relaciona con la obligación a cargo del Estado y excepcionalmente de los particulares, de suministrar a la persona que se encuentra en un estado de discapacidad o de debilidad"

manifiesta las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano, con lo cual se puedan mantener unas condiciones mínimas de vida digna. Por otra parte, la dimensión negativa establece un límite mínimo de las condiciones dignas y humanas que merece todo ser humano, en los términos de la Constitución y de la ley. **Entonces, cuando una persona discapacitada ve afectado su derecho al mínimo vital y a su vez le resulta imposible protegerlo o garantizarlo, la acción de tutela surge como el mecanismo definitivo y adecuado para ello, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios,** toda vez que este derecho se encuentra en estrecha relación con otros derechos constitucionales como la dignidad y la vida en condiciones dignas²". Negrillas nuestras.

De ello se desprende, de manera exceptiva, que dicha protección se puede conceder con base en el artículo 6, numeral 1 del decreto 2591 de 1991 cuando el perjudicado no dispone de otro medio de defensa judicial, y se pretenda evitar un perjuicio irremediable, como sería en este caso el no contar con otra fuente de ingresos para subsistir, lo cual no aparece probado.

En su lugar es dable asumir por vía de indicios, que en la medida en que la accionante en su calidad de docente sigue adscrita al servicio de Cosmitet Itda., es porque se encuentra activa, lo cual implica que está recibiendo su remuneración. Que a la fecha de decidirse esta acción (16-11-2023) ya han pasado varios meses desde cuando venció la incapacidad que por doce días (**del 22 -05-2023 al 02-06-2023**) tal como lo refiere en su memorial de impugnación, sin que se aluda, menos demuestre, que actualmente se encuentre incapacitada, es dable inferir que no se encuentra a puertas de sufrir un perjuicio irremediable, por eso no se puede suplir a la autoridad judicial legitimada para dirimir esa clase de controversias económicas.

Cabe añadir que, no se cumplió con la carga de la prueba de que trata la Corte Constitucional en su sentencia T- 131 de 2007 M. P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, pues no se probó que exista una vulneración de derechos de la accionante, que actualmente lo tenga a puertas de sufrir un perjuicio irremediable y que como quiera que tal cosa no ocurrió, el asunto debe ser resuelto por la jurisdicción laboral ante quien se pueden elevar las mismas pretensiones que acá nos ocupan.

Bajo ese contexto se debe considerar que no obstante la situación fáctica enunciada por la accionante, de la misma no se desprende la vulneración de derechos planteada, ni que el juzgador de primer nivel haya incurrido en alguno de los defectos que se le atribuyen en la argumentación contendida en el recurso de impugnación que ahora se resuelve, por lo que se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

² Sentencia T- 007/15 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia No. 144 del 12 de octubre de 2023, proferida por el **Juzgado Sexto Civil Municipal de Palmira, Valle del Cauca**, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada por la señora **GLORIA GALLEGOS LOPEZ**, identificada con **CC No. 31.159.629**, en nombre propio, contra **COSMITET LTDA CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA**.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991, a la accionante, al accionado, a los vinculados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

TERCERO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991.

CÚMPLASE

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA

Juez

Firmado Por:

Luz Amelia Bastidas Segura

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 002

Palmira - Valle Del Cauca

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: **ec173e4769c42f1d456dd0b5a9fc60863a029ef3fb140635b0e453fdeaf9391c**

Documento generado en 16/11/2023 03:05:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>