

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS (23) PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**

Juez: Luz Angela Corredor Collazos
Radicación: 110014009023202200132
Accionante: Luisa Lucero Rojas
Accionado Colmedica Medicina Prepagada
Motivo Acción de tutela 1° instancia
Decisión: Improcedente

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintidós (2022).

1. ASUNTO

El Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., decide sobre la acción de tutela instaurada por LUISA LUCERO ROJAS, en nombre propio, en protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal, cuya vulneración le atribuye a COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA.

2. HECHOS

Indica la accionante que inicio relación contractual con el accionado desde el 15 de marzo de 2020, este tiene por objeto la prestación de servicios de salud prepagada - "Zafiro Elite".

Menciona que actualmente padece diversas enfermedades, entre las cuales le diagnosticaron un tumor cancerígeno de *miofibroblástico inflamatorio*, el cual fue extraído en noviembre de 2021, a raíz del procedimiento quirúrgico, el 18 de abril de 2022 el médico cirujano gastrointestinal le emitió orden de realizarse el *bypass gástrico*, ante esto, la entidad accionada le respondió que la orden medica debía estar acompañada de seguimientos y autorizaciones medicas de diferentes especialistas, practicándose los exámenes ante cardiología, endocrino, ortopedia, oncología, nutrición, deportología, psicología, cirugía general, cirugía gastrointestinal y fisioterapeuta, quienes dieron su autorización para realizar la cirugía bariátrica, a pesar del aval de los médicos especialistas, el 6 de septiembre de 2022 COLMEDICA no autoriza el procedimiento justificando:

i) una exclusión del contrato; ii) no se cumple el periodo de carencia y esgrime con fundamento en la preexistencia; iii) debe requerirse el procedimiento ante Alinsalud E.P.S.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1.Mediante auto del 11 de octubre de 2022, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, disponiendo correr traslado de la misma a la accionada COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA, y se vinculó en el proceso al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, a la SUPER INTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD y a ALIANSALUD EPS, para que en el término improrrogable de un (1) día contado a partir del recibo de la respectiva notificación, se pronunciaran y allegaran los documentos que considerara pertinentes.¹

3.2.El Ministerio de Salud y Protección Social, a través de su apoderada procede a indicar que:

"(...) no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Publica en materia de Salud, Salud Publica, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconocemos los

¹ Ver archivo 005 en cuaderno digital.



antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.”

Solicito se declare improcedente la acción contra el ente ministerial y se exonere de cualquier responsabilidad, puesto que no tiene competencia para resolver la solicitud de la accionante.

3.3. En su oportunidad la Jefe de la Oficina Jurídica de la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, manifestó que la accionante se encuentra activa y afiliada a ALIANSALUD EPS en régimen contributivo.

Aclara que será responsabilidad exclusiva de ALIANSALUD EPS todo lo que tiene que ver con procedimientos de salud, ordenes médicas, medicamentos, insumos, tecnologías en salud y todo tipo de obligaciones que se deriven de dicha prestación de salud

Precisa que, al tratarse de medicina prepagada, los servicios que preste COLMEDICA deberán estar sujetos al contrato que la accionante suscribió con el accionado, el cual deberá cumplirse por las partes.

Por último, solicita sea desvinculada del trámite y se declare la improcedencia de la acción de tutela por la no vulneración de derechos fundamentales.

3.4. El Representante Legal de Colmedica Medicina Prepagada, solicita se declare improcedente la acción de tutela instaurada por la accionante y no amparar los derechos fundamentales que endilga haber sido vulnerados.

Refiere que la accionante se encuentra afiliada a COLMEDICA por medio del contrato del plan *zafiro elite*, donde lleva 31 meses en estado activo.

Indica que los planes de medicina prepagada no cuentan con cláusulas para la prestación de servicios médicos de manera ilimitada, contrario a esto se encuentran excluidos servicios que no cubre la entidad, aunado a que contempla unos topes y periodos de carencia para los servicios que hacen parte de la cobertura de cada contrato.

Especifica que en el plan al que se encuentra afiliada la accionante, se encuentra excluido el procedimiento quirúrgico de *bypass*, dado que la demandante no cumple con los periodos de carencia estipulados en el contrato para la prestación del servicio médico, puesto que requiere estar afiliada con antelación de 3 años, y la fecha llevaba 31 meses, motivo por el cual no puede ser autorizada dicha cirugía, adjunto el siguiente archivo:

INICIO DE LA COBERTURA	SERVICIOS
• A partir del primer (1) día del tercer (3) mes, contado a partir de la fecha de iniciación de la USUARIO , siempre y cuando se trate de embarazos iniciados después de dicho periodo.	• 5.10.8. Maternidad
• A partir del primer (1) día del séptimo (7) mes, contado a partir de la fecha de iniciación del USUARIO .	• 5.1.1. Vacuna Conjugada contra el Neumococo • 5.1.2. Vacuna de Polisacáridos contra el Neumococo • 5.1.3. Vacuna contra la Influenza
• A partir del primer (1) día del décimo segundo (12) mes, contado a partir de la fecha de iniciación del USUARIO .	• 5.7.6. Tratamiento Ambulatorio para el Cáncer • 5.7.7. Medicamentos para el Tratamiento Ambulatorio del Cáncer • 5.7.8. Tratamiento Ambulatorio para VIH+/SIDA • 5.7.9. Medicamentos para el Tratamiento Ambulatorio del VIH+/SIDA • 5.7.10. Quimioterapia para Tratamiento Ambulatorio de Enfermedades diferentes al Cáncer • 5.10.12. Tratamiento Hospitalario para el Cáncer • 5.10.13. Tratamiento Hospitalario para el SIDA y sus Complicaciones • 5.10.14. Quimioterapia para Tratamiento Hospitalario de Enfermedades diferentes al Cáncer
• A partir del primer (1) día del décimo tercer (13) mes, contado a partir de la fecha de iniciación del USUARIO .	• 5.4.2. Pomeroy (Ligadura de Trompas) • 5.4.3. Vasectomía
• A partir del primer (1) día del tercer (3) año, contado a partir de la fecha de iniciación del USUARIO .	• 5.10.7. Cirugía Bariátrica
• A partir del primer (1) día del cuarto (4) año, contado a partir de la fecha de iniciación del USUARIO .	• 5.7.5. Riñón Artificial y Diálisis Irreversible • 5.10.4. Riñón Artificial y Diálisis Irreversible • 5.10.15. Trasplante de Riñón, Páncreas y Pulmón
• A partir del primer (1) día del quinto (5) año, contado a partir de la fecha de iniciación del USUARIO .	• 5.10.16. Trasplante de Córnea

3.5. La Subdirectora Técnica de defensa jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, solicito la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable a este.

3.1. Finalmente, ALIANSALUD EPS pese a ser notificada del presente trámite constitucional se abstuvo de emitir respuesta, razón por la cual, se dará aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

De conformidad con las previsiones del artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 1º, 37 y 42 del Decreto 2591 de 1991, y el Decreto 306 de 1992, así como con el numeral 1º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1938 de 2017, la suscrita juzgadora es competente para resolver la presente acción de tutela.

4.2. Naturaleza de la acción de tutela

El ámbito conceptual que enmarca el campo de aplicación de la acción de tutela, está dado tanto en la consagración que de ella hace nuestra Constitución Política en el artículo 86, como su desarrollo normativo en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 que lo reglamentan. En efecto, de esa normatividad surge esa figura jurídica, que puede definirse como una institución especial cuya finalidad es proteger los derechos y libertades fundamentales de la persona, mediante un procedimiento judicial preferente y sumario, cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

4.3. Problema jurídico a resolver

El Despacho trata de establecer si a partir de la situación fáctica probada dentro del proceso, se advierte la violación o amenaza de vulneración de derechos fundamentales invocados por la señora LUISA LUCERO ROJAS, por parte de COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA, al no autorizar cirugía de bypass gástrico ordenada por médico tratante.

5. DEL CASO EN CONCRETO

En primer lugar, sea menester recordar que la acción de tutela, consagrada en el artículo 86² de la Carta Política, es un procedimiento preferente y sumario, confiado al juez, que se encuentra al alcance de toda persona, ya sea natural o jurídica y que está destinado a la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y siempre que no exista otro mecanismo de defensa judicial o se esté ante un perjuicio irremediable, evento último en el cual procede transitoriamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario realizar un estudio de procedibilidad de la acción de tutela, para lo cual se debe entender cuál es la naturaleza jurídica que existe entre la empresa prestadora de servicios médicos y la usuaria, frente a la cual Corte Constitucional indicó a través de la jurisprudencia que la relación jurídica es de carácter contractual, esto supone que serán aplicables las normas pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio, por lo que el contrato de medicina prepagada es ley y obligan a los contratantes.

De acuerdo con el artículo 6º del Decreto 1570 de 1993 y la Sentencia T-196 de 2007, los contratos de medicina prepagada pueden incluir la prestación de servicios de: i) promoción

² **ARTICULO 86.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

de la salud y prevención de la enfermedad; ii) consulta externa, general y especializada, en medicina diagnóstica y terapéutica; iii) hospitalización; iv) urgencias; v) cirugía; vi) exámenes diagnósticos y vii) odontología, ya sea por la prestación en forma directa por medio de profesionales de la salud, instituciones de salud adscritas, o a través de la libre elección por parte del usuario.

En cuanto a la procedencia excepción de la acción de tutela en medicina prepagada, la Corte Constitucional ha indicado que el amparo constitucional contra particulares procede cuando aquellos estén encargados de la prestación del servicio público de salud y transgredan o pongan en riesgo los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 86 Superior y el artículo 42.2 del Decreto Estatutario 2591 de 1991. De esta forma, la Alta Corporación Constitucional ha reiterado que este mecanismo constitucional es residual y subsidiario, siendo así que solo puede ser invocado cuando existiendo una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, no concorra una instancia judicial idónea y eficaz para obtener la protección o sea inoportuna para prevenir un perjuicio irremediable, por consiguiente, la accionante deba agotar previamente dichos medios ordinarios antes de acudir a la acción de amparo.

En el caso bajo estudio, conforme con los elementos probatorios allegados al Despacho, tenemos que se acreditó la legitimación tanto por activa de la señora LUISA LUCERO ROJAS, al ser la titular de los derechos presuntamente conculcados; como por pasiva de COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA, al ser la entidad que oferta servicios adicionales en salud, de quien se depreca la responsabilidad de la vulneración y/o amenaza al no autorizar el procedimiento Cirugía de Bypass Gástrico por laparoscopia, prescrito el 18 de abril de 2022, por el médico tratante Camilo Pachon Garrido, justificado en la exclusión en el servicio médico, toda vez que no cumple con el periodo de carencia de tres años desde el momento de su afiliación.

Frente al requisito de inmediatez, se evidencia cumplido, en razón a que la solicitud de amparo se hizo dentro de un plazo oportuno y justo, contado desde el momento en que fue confirmada de la decisión negativa de autorizar los servicios requeridos por la accionante, el 06 de septiembre de 2022, mediante el formato de negación servicios de salud y/o medicamentos No. 101.25, y finalmente, la interposición de la acción de amparo el 11 de octubre de 2022.

Respecto al requisito de subsidiaridad, el ordenamiento jurídico consagra una vía ordinaria para resolver las controversias que surjan al interior de un contrato de naturaleza privada, como la medicina prepagada, esto es, la acción de cumplimiento o resolutive dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil, camino que frente a la situación de la accionante, resulta ser la vía idónea y eficaz para la resolución del conflicto contractual.

Aunado a ello, deberá precisar que el propósito del Sistema General de Seguridad Social en Salud fue crear las condiciones propicias para lograr el acceso de toda la población a los distintos niveles de atención en salud, los afiliados al sistema cuentan con un plan de beneficios, *“(a)demás, pueden contratar con Planes Adicionales de Salud denominados P.A.S., que según el artículo 18 del Decreto 806 de 1998, resultan ser un conjunto de beneficios opcionales al POS, contratados de manera voluntaria, que garantizan una mayor atención frente a las actividades, procedimientos o intervenciones de hotelería o tecnología propuestas por el Plan Obligatorio. Los P.A.S. pueden ser de tres tipos: planes de atención complementaria en salud, planes de medicina prepagada y pólizas de salud”*³.

Por esta razón, el legislador estableció la obligación de afiliar a toda la población a un plan obligatorio, hoy denominado de beneficios, en igualdad de condiciones. En ese sentido, ha explicado la Corte que *“existen ciertas exclusiones en materia de procedimientos, medicamentos y otra serie de servicios que corresponde financiar directamente a los usuarios del sistema. Para atenuar tales limitaciones el legislador previó la creación de los denominados Planes Adicionales de Salud, definidos por el artículo 18 del decreto 806 de 1998 en los siguientes términos: Se entiende por Plan de Atención Adicional aquel conjunto de beneficios opcionales y voluntarios, financiados con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria (...)”*⁴.

De este modo, debe reiterarse que el POS, ahora PBS, debe cubrir todas las necesidades

³ Sentencia T-140 de 2009 de la Corte Constitucional

⁴ Sentencia T-795 de 2008 de la Corte Constitucional

fundamentales del usuario, incluyendo los servicios y procedimientos requeridos y ordenados por el médico tratante para solventar el padecimiento de cualquier enfermedad, sin perjuicio de exclusiones justificadas como los procedimientos estéticos.

Por consiguiente, pese a la negativa de COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA, la accionante se encuentra en la posibilidad de acudir a su EPS para adquirir los servicios de salud sin que su derecho a la salud, seguridad social y a la vida digna se vean desmejorados, en virtud a que fue un profesional en la salud quien bajo su criterio medito prescribió el procedimiento bariátrico.

En otras palabras, los derechos deprecados por la accionante no se ven menguados al estar salvaguardados con la protección de la EPS a la cual se encuentra afiliada, no acreditándose dentro del proceso la ocurrencia de un perjuicio irremediable, respecto del cual ha expuesto la Corte Constitucional ha de ser entendido así:

“(...) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura 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. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos facticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas estas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”⁵

Bajo esas consideración, no se advierte la eventual configuración de un perjuicio irremediable, máxime cuando se deprede de las pruebas arribadas al trámite constitucional, que la accionante cuenta con una afiliación a la EPS ALIANSALUD, la cual se encuentra obligada a prestar todos los servicios de salud requeridos por la misma, aunado a que cuenta con la orden medica autorizando el procediendo medico por el médico tratante, el que podrá solicitarse y practicarse por parte de la EPS.

Conforme a lo expuesto, para el Despacho los argumentos de la demandante no dan cuenta de la configuración de un perjuicio grave e inminente que requiera de medidas urgentes para que sea conjurado.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO 23 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar **IMPROCEDENTE** la acción de tutela promovida por **LUISA LUCERO ROJAS**, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DESVINCULAR a MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, a la SUPER INTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, por falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

TERCERO. COMUNÍQUESE a los interesados que contra la presente decisión procede la IMPUGNACIÓN ante el inmediato superior dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, conforme lo preceptúa el inciso primero (1º) del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. En firme la presente decisión, se **REMITIRÁ** el cuaderno original de Tutela a la

Corte Constitucional, para su EVENTUAL REVISIÓN.

QUINTO. NOTIFÍQUESE el contenido del fallo a las partes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase.

LUZ ANGELA CORREDOR COLLAZOS
Juez

Firmado Por:
Luz Angela Corredor Collazos
Juez
Juzgado Municipal
Penal 023 De Conocimiento
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **f8c1fd02f5573574ef8bb4d1fc1bfcffaf9aab01b21c5b0aa7042420a673342a**

Documento generado en 24/10/2022 03:47:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>