

Tutela : 2018-00247 (niega)  
Accionante: Karen Julissa Max Gamboa  
Accionada : AXA Colpatria Medicina Prepagada

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SEGUNDO (2º) CIVIL MUNICIPAL

Floridablanca, mayo dieciséis (16) de dos mil dieciocho (2018)

#### I. ASUNTO

Proferir fallo dentro de la acción de tutela de la referencia.

#### II. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL Y HECHOS RELEVANTES

La señora Karen Julissa Max Gamboa, el 30 de abril de 2018 interpuso demanda de tutela, para que se ampararan sus derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana, que consideró vulnerados por AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA, al negarle la práctica de una Colonoscopia ordenada por el médico especialista por diagnóstico de dolor abdominal y cambio en el hábito intestinal de 1 año de evolución, con el argumento de ser una patología preexistente a la fecha de afiliación (23/01/2018), sugiriéndole que se realice el procedimiento por la EPS.

#### III. TRÁMITE ADELANTADO Y RESPUESTA DE LA ENTIDAD INVOLUCRADA

3.1. El 30 de abril este juzgado avocó conocimiento, dispuso vincular a la E.P.S. SANITAS y ordenó correr traslado a la accionada y vinculada.

3.2. Mediante escrito recibido el 8 de mayo, AXA Colpatria Medicina Prepagada, a través de la apoderada especial (doctora Maribel Vivas Hernández), manifiesta que la accionante suscribió un contrato de servicios PLAN ALTERNO PLUS # 132744660000 con fecha de inicio 23/01/2018 hasta la fecha 22/01/2019, respecto del cual tiene la calidad de beneficiaria. Menciona que durante el tiempo de afiliación, la accionante ha recibido los servicios de salud contratados, tales como atenciones médicas y exámenes de diagnóstico. No obstante, le fue negado el servicio correspondiente a la COLONOSCOPIA TOTAL, toda vez que su naturaleza es objeto de exclusión en el contrato de Medicina Prepagada, según lo preceptuado en la cláusula octava la cual trae a colación:

*“ AXA COLPATRIA no asumirá ningún costo de los servicios que se requieran o hayan sido prestados por causa o como consecuencia de los siguientes eventos, aún en los casos de urgencias:*

*4. Sobrepeso preexistentes y cualquier otra enfermedad preexistente conforme definición establecida en la Cláusula Sexta Preexistencias.*

(...)

Tutela : 2018-00247 (niega)  
Accionante: Karen Julissa Max Gamboa  
Accionada : AXA Colpatria Medicina Prepagada

**CLAUSULA SEXTA. – PREEXISTENCIAS.**

*Conforme lo determina el artículo 1° del Decreto 1222 de 1994, se considera preexistencia toda enfermedad malformación o afección que se pueda demostrar exista 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 genéricas, no podrá ser fundamento único para el diagnóstico a través de cual se califique una preexistencias.*

*(subrayado ajeno al texto original”*

Con respecto a la accionante, menciona que el procedimiento médico solicitado obedece a *un diagnostico referente a dolor abdominal crónico recurrente cambios de habito intestinal, patología que presentaba un año de evolución.* Por lo cual, considerando que la fecha de afiliación a medicina prepagada se efectuó el 23 de enero de 2018, resulta claro que el servicio de colonoscopia total (negado el 25 de abril de 2018) se encuentra ligado a una patología preexistente, configurándose así la causal de exclusión contenida en el numeral cuarto de la cláusula octava del contrato. No obstante lo anterior, sugiere que la accionante se realice el procedimiento que requiere con la E.P.S. SANITAS, en la cual se encuentra activa como cotizante del régimen contributivo. En consecuencia, solicita se declare la improcedencia de la presente acción por no existir vulneración ni violación a los derechos fundamentales invocados por la accionante y a la vez solicita requerir y condenar a E.P.S. SANITAS para que autorice el tratamiento integral requerido por la actora.

3.3. Mediante escrito recibido el 8 de mayo, la E.P.S. SANITAS a través de la Subgerente Regional (doctora Martha Argenis Rivera), menciona que la accionante se encuentra afiliada a esa EPS en calidad de cotizante dependiente y que no consulta a esa entidad desde el 25 de agosto de 2017. Señala que a la señora Karen Julissa se le ha brindado todas las prestaciones médico asistenciales que ha requerido y acorde con las respectivas órdenes médica se le han autorizado los servicios que ha requerido. Indica que la EPS SANITAS realizará el cubrimiento económico de los servicios que requiera la accionante con ocasión de su enfermedad, en su red de prestadores y con sus médicos adscritos, por lo que debe consultar el médico general de la unidad primaria de atención Bucaramanga, con el fin de que inicie los estudios pertinentes, y si lo considera la remita al especialista. Por lo expuesto, solicita se deniegue la presente acción de tutela.

3.4. Con el trámite antes indicado este Despacho estima integrado debidamente el contradictorio. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en Auto 059 de 2011 estableció cuál es la fórmula que debe aplicarse cuando el Juez de segunda instancia considere que el *A quo* omitió vincular alguna entidad que se pudiera ver afectada con la decisión. Dijo la Corte en dicha providencia que lo procedente era que el *Ad quem* resuelva la impugnación vinculando a la entidad que hubiese echado de menos y no decretar la nulidad de lo actuado, esto en aras de evitar dilaciones injustificadas.

**IV. CONSIDERACIONES**

Tutela : 2018-00247 (niega)  
Accionante: Karen Julissa Max Gamboa  
Accionada : AXA Colpatria Medicina Prepagada

#### 4.1. Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la presente actuación de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991, en consonancia con las reglas de reparto previstas en el Decreto 1983 de 2017.

#### 4.2. Problema jurídico.

¿Existe violación del derecho fundamental a la salud cuando una entidad de medicina prepagada niega la prestación de un servicio de salud por tratarse de una patología preexistente?

4.3. El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo; procedencia de la acción de tutela para resolver controversias derivadas de los contratos de medicina prepagada; contratos de medicina prepagada y las exclusiones por preexistencias.

##### 4.3.1. El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo.

En sentencia T-180 de 2013 la Honorable Corte Constitucional al reiterar su jurisprudencia, expuso cómo en un principio consideraba que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, luego lo trató como derecho fundamental autónomo pero sólo cuando se trataba de sujetos de especial protección, tesis que a la postre se amplió para catalogarlo como tal sin cortapisa alguna y finalmente se acuñó en sentencia T-760 de 2008. Veamos:

“...  
*En la sentencia T-395 de 1998, la Corte aun sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional...*

“...  
*En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo...*

“...  
*Posteriormente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007<sup>1</sup>, amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador...*

“...  
*Por último, en la Sentencia T-760 de 2008, la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”<sup>2</sup>*

*En este contexto, estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”<sup>3</sup>*

De este modo, si bien la actora hizo alusión al “...derecho a la vida y la dignidad humana...”, el despacho debe referirse en exclusiva al derecho fundamental a la salud regulado en la Ley 1751 de 2015.

<sup>1</sup> M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>2</sup> Sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>3</sup> Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Tutela : 2018-00247 (niega)  
Accionante: Karen Julissa Max Gamboa  
Accionada : AXA Colpatria Medicina Prepagada

#### 4.3.2. Procedencia de la acción de tutela para resolver controversias derivadas de los contratos de medicina prepagada.

Al respecto, en sentencia T-128 de 2000 la Corte Constitucional, sostuvo:

*“[L]a regla general en la jurisprudencia consiste en que no pueden ser resueltas las controversias puramente contractuales mediante tutela, pues para ello existen mecanismos aptos en los procedimientos judiciales ordinarios. Pero también ha sostenido la Corte que la especialísima función de los contratos de medicina prepagada puede llevar extraordinariamente a solucionar conflictos por la vía del amparo, toda vez que se trata de la salud de las personas y en algunos casos las acciones u omisiones de las compañías privadas que tienen el aludido objeto pueden afectar ese derecho y poner en peligro la integridad personal y aun la vida, derechos fundamentales cuya protección debe brindarse de modo inmediato y efectivo, y entonces es procedente la figura del artículo 86 de la Constitución”.*

En el mismo sentido el alto tribunal en la sentencia T-765 de 08, reiteró:

“  
(...)

*3.7 En suma, por regla general, la acción de tutela es improcedente para resolver las controversias que se deriven de los contratos de medicina prepagada. Esto por cuanto, la relación jurídica que surge entre el usuario y la empresa de medicina prepagada es de naturaleza contractual, y el derecho privado prevé acciones judiciales para obtener la protección de los derechos de los contratantes. Sin embargo, si se tiene que el objeto del contrato de medicina prepagada es la prestación del servicio público de salud y que, en consecuencia, su ejecución involucra la efectividad de los derechos fundamentales del usuario, la acción de tutela se torna procedente como medio de defensa judicial cuando las empresa, haciendo uso de su posición dominante, por acción u omisión, viola o amenaza tales derechos, y se determina que los mecanismos ordinarios de protección son ineficaces o carecen de idoneidad.*

(...)”

En conclusión, así los contratos de medicina prepagada tengan naturaleza privada, su objeto es la prestación de un servicio de salud, es decir, involucra derechos fundamentales, lo que hace que eventualmente el juez de tutela pueda intervenir.

#### 4.3.3. Contratos de medicina prepagada y las exclusiones por preexistencias.

Conforme lo determina el art. 1º del Decreto 1222 de 1994, 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.

Sobre el particular, en sentencia T-184 de 2014, expresó:

*“Acorde 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 quebrantos de salud que ya venían sufriendo los beneficiarios del servicio, que por ser preexistencias, no quedarán amparados dentro del mismo.*

Tutela : 2018-00247 (niega)  
Accionante: Karen Julissa Max Gamboa  
Accionada : AXA Colpatria Medicina Prepagada

*En efecto, la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que previamente a la celebración de un contrato de medicina prepagada, la compañía contratante, que cuenta con el personal calificado y acceso a los equipos necesarios, 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 determinar, 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”.*

#### 4.4. Caso concreto.

Contrastado el presente caso con los parámetros legales y jurisprudenciales referidos, para el despacho debe negarse el amparo tutelar impetrado, por las razones que a continuación se señalan:

Para concretar lo que es materia de discusión y así evitar controversias inútiles, es necesario destacar como las partes coinciden en la fijación de gran parte de los hechos. Así, no amerita pugna que la accionante se encuentra afiliada a AXA Colpatria Medicina Prepagada desde el 23 de enero de 2018 en calidad de beneficiaria y le fue ordenada por el médico especialista una Colonoscopia Total.

En el curso del trámite la accionada menciona que el procedimiento médico solicitado por la accionante le fue negado, toda vez, que por su naturaleza es objeto de exclusión en el contrato de Medicina Prepagada según lo preceptuado en la cláusula octava numeral 4 y cláusula sexta “preexistencias”, teniendo en cuenta que la patología padecida en la actualidad se deriva de una gastroenteritis que presentó hace un año y su afiliación data del 23 de enero de 2018, por lo que resulta claro que la colonoscopia total ordenada se encuentra ligada a una patología preexistente.

Por su parte, la E.P.S. SANITAS señala que la accionante debe consultar el médico general de la unidad primaria de atención en Bucaramanga, con el fin de que inicie los estudios pertinentes y si lo considera la remita a gastroenterólogo. De dicha entidad (EPS) debe decirse que a la fecha no ha negado servicio alguno a la actora, por lo cual no puede predicarse que esté violando algún derecho fundamental; no obstante, se insta a la EPS para que si la actora le solicita el servicio, atienda el avance logrado, es decir, estudie la remisión el especialista de la compañía de medicina prepagada y no la obligue a iniciar el engorroso trámite de empezar por medicina general. Desde luego que si procede de esa forma surgirían nuevos hechos que eventualmente la actora podría exponer en una nueva tutela, lo cual ojalá no ocurra.

Ahora bien, el caso que nos ocupa se trata de una controversia entre una entidad de medicina prepagada y una usuaria, entre los cuales media un contrato que según la jurisprudencia debería ser resuelto por la vía ordinaria; sin embargo, por verse involucrado un derecho fundamental como es la salud, excepcionalmente es bienvenida la intervención del juez de tutela.

Con base en el material probatorio que reposa en el expediente, no es desmedido concluir que la patología diagnosticada a la accionante por el médico especialista lleva un año de evolución y por ende, la negación de la colonoscopia total tiene como base el clausulado del contrato donde se

Tutela : 2018-00247 (niega)  
Accionante: Karen Julissa Max Gamboa  
Accionada : AXA Colpatría Medicina Prepagada

establecieron las condiciones con claridad, es decir, que corresponde al cumplimiento del mismo contrato.

Atendiendo el principio de la autonomía de la voluntad que rige la actuación entre particulares, las partes pactaron que las preexistencias no se atenderían con cargo al contrato de medicina prepagada. De este modo, la posición asumida por la accionada no puede calificarse de caprichosa, sino por el contrario está basada en el respectivo contrato que es ley para las partes.

Así las cosas, este despacho negará el amparo, toda vez que si bien la entidad de medicina prepagada le está negando a la accionante un servicio médico, ello tiene como sustento que se trata de una preexistencia excluida al momento de suscribirse el contrato, conclusión que no es caprichosa sino que se soporta en la historia clínica de la usuaria; luego la accionante puede acudir a la EPS SANITAS, en calidad de afiliada en el régimen contributivo con el fin de que se le brinde la atención y los servicios de salud que requiere para la patología que padece.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo (2º) Civil Municipal de Floridablanca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### V. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la tutela del derecho fundamental a la salud invocado por la señora Karen Julissa Max Gamboa identificada con cédula de ciudadanía 1.098.659.815, según lo reseñado en la parte motiva.

SEGUNDO: INFORMAR a las partes que el presente fallo es impugnabile dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: En caso de que este fallo no fuere impugnado, REMITIR a la Honorable Corte Constitucional el expediente, para su eventual revisión, tal como lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ALARCÓN MÉNDEZ  
Juez