REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL
DE EJECUCION DE SENTENCIAS
SENTENCIA N° 264

Santiago de Cali, dos (02) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Proferir sentencia en la acción de tutela incoada por DANIELA HERRERA NINCO, en contra de la EPS SURAMERICANA S.A. y COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA S.A, donde este depreca la protección de su derecho fundamental a la salud.

II.- ANTECEDENTES

A. HECHOS

1.- Manifiesta la accionante que presenta diagnósticos de obesidad tipo IV, resistencia a la insulina y artrosis secundaria de las articulaciones, por lo que su médico tratante en concomitancia con las especialidades de ortopedia, nutrición, medicina interna y psicología, coincidieron que el mejor tratamiento era realizar un *"sleeve gástrico por laparoscopia".*

2.- Relata que pese a realizarle los exámenes preparativos, sin que se advirtieran contraindicaciones que impidieran la práctica del procedimiento quirúrgico, finalmente le fue notificada la "negación servicios de salud y/o medicamentos" por COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA S.A., por tratarse de una exclusión de contrato de medicina prepagada.

3.- Argumenta que dicha exclusión resulta discriminadora, pues configura una restricción desproporcionada a los servicios médicos contratados, máxime cuando dicho procedimiento naturalmente mitigará su diagnóstico de obesidad y los relacionados con esa patología, mejorando de manera integral su salud y calidad de vida, precisando finalmente que no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear el procedimiento.

B. PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE.

Solicita la accionante en consecuencia, ordenar a COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA S.A y/o EPS SURAMERICANA S.A, autorice y practique el procedimiento quirúrgico denominado GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA) y/o CIRUGIA BARIATRICA.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto interlocutorio de 23 de octubre de 2023, este despacho admitió la presente acción de tutela, ordenando en consecuencia oficiar a las entidades accionadas y vinculadas, para que en el término de dos días se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y se dispuso la vinculación de CHRISTUS SINERGIA SALUD S.A., CENTRO ESPECIALIZADO EN FRACTURAS Y LESIONES DEPORTIVAS y la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE y SECRETARIA MUNICIPAL DE SALUD DE JAMUNDI

D.- RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y LAS VINCULADAS

COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA S.A.: refiere que la accionante se encuentra afiliada a través del contrato esmeralda premium, cuyas coberturas no son ilimitadas y además tiene exclusiones, como ocurre justamente con el procedimiento quirúrgico pretendido, afirmando que su negativa se enmarca en el cumplimiento de sus obligaciones y competencias legales.

EPS SURAMERICANA: argumenta que la accionante en ningún momento se les ha solicitado atención médica por dicha especialidad, pues por el contrario ha realizado todo su proceso a través de la prepagada, justamente por ello la orden medica que sustenta el procedimiento, corresponde a una institución que no hace parte de su red de prestadores, por lo que, sostiene, no existe vulneración que le sea atribuible, informando que remitirá a la paciente a través de su red, para efectos de determinar los requerimientos actuales de salud.

CHRISTUS SINERGIA SALUD S.A: Alega que existe una falta de legitimación en la causa pasiva, puesto que no dispensa medicamentos, ni autoriza valoraciones con especialistas, tratamientos, procedimientos entre otros servicios médicos, resaltando que el asegurador es quien tiene la obligación de autorizar y garantizar los servicios médicos ordenados por el médico tratante, acorde con las condiciones contractuales y de habilitación del Ministerio de Salud.

ORTOPEDISTAS ASOCIADOS S.A.S.: precisa que, en razón a lo pretendido con la acción de tutela, naturalmente esta no ha incurrido en ninguna amenaza o vulneración de derecho, pues por su especialidad no está habilitada para efectuar dicho procedimiento.

SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE JAMUNDI: refiere que lo concierne a esta existe una falta de legitimación, como quiera que no es la encargada de proveer ningún servicio de salud, sino la promotora de salud a la cual se encuentra afiliada actualmente.

III.- PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta instancia determinar, si bajo las circunstancias expuestas por DANIELA HERRERA NINCO, resulta procedente la tutela para efectivizar un procedimiento quirúrgico denominado *sleeve gástrico*, cuando este fue ordenado por una institución de su plan complementario de salud, sin haber adelantado la ruta de atención correspondiente ante su promotora de salud, en caso de serlo se procederá a establecer si resulto vulnerado el derecho a la salud por la EPS SURAMERICANA S.A. y COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA S.A.

IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A.-COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2.591 de 1.991 y artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, este despacho es competente conocer la tutela de la referencia.

B.- MARCO NORMATIVO Y JURIPRUDENCIAL

"Procedencia excepcional de la acción de tutela para resolver controversias contractuales en planes adicionales de salud"

5. El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o los particulares en los casos de ley. Así mismo, advierte que tal mecanismo solo procederá cuando no se disponga otro medio judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6. Conforme a la naturaleza subsidiaria que caracteriza a este instrumento, para que proceda es necesario que el interesado haya agotado los medios de defensa judiciales que tenía a su alcance, a menos que estos no sean idóneos o eficaces, pues en este caso la protección será definitiva. De igual manera, podrá invocarse como mecanismo transitorio para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, situación en la cual la protección tendrá lugar hasta que el juez natural adopte la decisión que corresponda.

7. Así las cosas, respecto de la procedibilidad de la ***acción de tutela para debatir controversias derivadas de contratos sobre planes adicionales de salud (PAS), esta Corporación ha referido que, en principio, todo litigio en esta materia deberá ser resuelto conforme a las normas civiles y comerciales****. No obstante, ha señalado que la tutela procede excepcionalmente en atención a las siguientes circunstancias:*

(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' 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 negocial; 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"1*

"Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando es presentada en forma directa, sin que el interesado haya solicitado previamente la prestación de los servicios a la entidad demandada.

5.1. La Corte ha señalado que para que se ordene a una entidad promotora de salud la práctica de un procedimiento o la entrega de un medicamento a favor de un paciente es necesario que este último lo haya solicitado previamente y exista una omisión de la E.P.S. de dar aplicación a las normas consagradas en el Plan Obligatorio de Salud. Sin este requisito no es posible inferir la amenaza o violación de un derecho fundamental.

5.2. La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que "sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad en algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud, en suministrar lo pretendido por el paciente, pues, si no existe la negativa o la omisión de la prestación del servicio de salud, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental".

5.3. Es así como la Corte Constitucional, en algunos casos, ha resuelto la improcedencia de la acción cuando los pacientes pretenden que mediante este amparo se les protejan sus derechos fundamentales a la salud, sin que hubiera requerido previamente la prestación de un servicio ante la E.P.S., para que esta entidad estudie la posibilidad de autorizar o no los procedimientos, tratamientos e insumos.

5.4. Entonces, se tiene que el juez constitucional no puede dar órdenes soportándose en supuestas negligencias o desatenciones, en aras de la protección pedida, ya que solo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la autoridad y ellas constituyen la amenaza de algún derecho fundamental. Por esto, el hecho de que no se requiera previamente un servicio a la entidad prestadora de salud, torna improcedente el amparo.

*5.5. No obstante lo anterior, en casos excepcionales procede la acción de tutela cuando no existe una solicitud previa por parte del paciente o un familiar, siempre que se encuentre acreditada que las E.P.S. tienen conocimiento del tratamiento necesario por el usuario y se niegan u omiten prestar el servicio, **por lo que exigirle al afiliado el agotamiento de los trámites administrativos previos configura una carga desproporcionada**."2*

A. CASO CONCRETO

Antes de adentrarnos en el análisis del caso que ahora ocupa la atención del despacho, hay que decir que se encuentran cumplidos

1 Sentencia T-274 del 31 de julio de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
2 Sentencia T-310 del 16 de Junio de 2016, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, en efecto: i) se trata de un asunto de relevancia constitucional; ii) la accionante no tiene al alcance otro mecanismo de igual eficacia para obtener la protección deprecada; iii) están identificados los hechos y iv) se cumple con el requisito de inmediatez, amén de que existe legitimación en la causa en las partes comparecientes.

Descendiendo al caso objeto de estudio, tenemos que el sustento de esta acción de tutela estriba en la negativa de COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA S.A., en autorizar el procedimiento quirúrgico denominado *"sleeve gástrico por laparoscopia",* por su parte dicha entidad argumenta que ello no constituye ninguna vulneración, pues su negativa se enmarca en el cumplimiento de sus obligaciones y competencias legales, habida cuenta que dicho procedimiento se encuentra excluido de su plan.

Argumenta en similar sentido la aseguradora en salud EPS SURAMERICANA S.A., que la accionante en ningún momento les ha solicitado atención médica para los diagnósticos que presenta, pues incluso, el proceso que culmino con la orden del procedimiento se adelantó a través de la entidad de medicina prepagada, afirmando que por tanto no existe vulneración a su derecho a la salud que les sea atribuible, precisando finalmente que pese a ello, remitirá a la paciente a su red de prestadores para efectos de determinar sus requerimientos salud.

Ahora bien, acorde al marco normativo y jurisprudencial reseñado pretéritamente, podemos decir que en lo que concierne a la empresa de medicina prepagada, no se encuentra cumplido el requisito de la 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 esmeralda premium, 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 jurisdicción ordinaria en su especialidad civil.

Aunado a lo anterior, tampoco se evidencia que el agenciado cumpla con alguno de los presupuestos que posibiliten su procedencia excepcional, pues tampoco da luces acerca de la ocurrencia del perjuicio irremediable, ni determina cuales son las circunstancias que ameritan la intromisión del juez constitucional, ni argumenta por qué la vía ordinaria resulta ineficaz para la protección de sus derechoS, falencias que impiden constatar la ocurrencia o inminencia de su configuración.

Sin embargo, no podría decirse lo mismo en lo que concierne a la EPS, pues si bien la accionante no había adelantado ningún tipo de solicitud frente a esa entidad, lo cierto es que con ocasión de este trámite la EPS SURAMERICANA se pronunció en lo pertinente, afirmando que no resultaba posible la realización del procedimiento quirúrgico que solicita la señora HERRERA NINCO, 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 medico científicas.

Esta circunstancia ha sido abordada en múltiples ocasiones por el alto tribunal constitucional, quien ha mantenido una línea jurisprudencial pacifica sobre esta situación, precisando que este tipo de ordenamientos no deben ser descartados de manera instantánea, pues resultan vinculantes cuando no se descartan con base en información científica, como ocurre justamente en el asunto sub examine, como quiera que la promotora de salud accionada ni siquiera evaluó los anexos probatorios allegados, documentos que ponen de presente la ruta de atención medica multidisciplinaria que ha tenido la accionante, que naturalmente sustenta la pertinencia del procedimiento quirúrgico pretendido.

Bajo este derrotero, resulta desproporcionado exigirle a la afiliada que nuevamente agote los trámites administrativos ante su EPS, pues ello implicaría a un excesivo formalismo o ritualismo sobre sus derechos fundamentales, además que conllevaría someter a la 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.

Siendo de esta manera las cosas, la protección constitucional es procedente y por lo tanto, se ordenará a EPS SURAMERICANA S.A**.** 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 "sleeve gástrico por laparoscopia"., sin que pueda negarse la atención por ningún motivo de carácter netamente administrativo y siempre que las condiciones médicas de la paciente lo permitan.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER la protección tutelar invocada por DANIELA HERRERA NINCO.

SEGUNDO: ORDENAR a **EPS SURAMERICANA S.A.** 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 "sleeve gástrico por laparoscopia"., sin que pueda negarse la atención por ningún motivo de carácter netamente administrativo y siempre que las condiciones médicas de la paciente

lo permitan.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes, a más tardar al día siguiente por el medio más expedito el presente fallo (art. 30 Decreto 2.591/91).

CUARTO: Si no fuere impugnada la decisión dentro del término de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts. 31 y 32ibídem).

QUINTO: ARCHIVESE el expediente en su debida oportunidad.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,

CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad.- 2023-00267-00