REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.: *1100140030**-46-2021-00366-01***
ACCIONANTE: *ALICIA ANEV MONTOYA*
ACCIONADA: *COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A*

ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

Se decide la impugnación propuesta por la accionante ALICIA ANEV MONTOYA contra la sentencia proferida el 21 de mayo de 2021, por el JUZGADO CUARENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C., mediante el cual se negó el amparo constitucional invocado.

ANTECEDENTES

La parte accionante, obrando en nombre propio, acude a la institución prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, con la finalidad de obtener protección de su derecho fundamental a la salud.

*En apoyo de su acción plantea la situación fáctica, que seguidamente se compendia**:***

La señora ALICIA ANEV MONTOYA indicó que se afilió a la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A., en virtud del plan que tiene la empresa BAYER, en donde trabaja su esposo y como usuaria desde el 1 de septiembre de 2020

afirmó que padece se dolores muy fuertes y que el médico Antonio José Becerra Gómez, su médico tratante, después de realizarle los estudios de rigor le ordenó realizarse un procedimiento quirúrgico llamado "Disectomia C5 – C6 y artrodesis cervical anterior con caja"

Alegó que al realizar el proceso de autorización para que le realizaran el procedimiento que le precribió el médico, la solicitud fue rechazada pues la entidad accionada dispuso que no era posible autorizarlo teniendo en cuenta, la existencia de cláusulas de preexistencia

LA IMPUGNACIÓN

De manera oportuna, la accionante impugnó la sentencia y manifestó que existe una falta de congruencia entre la parte motiva y la decisión en cuanto el a quo*, no valoró la violación de los derechos fundamentales que ha sufrido por parte de entidad accionada, al aplicar en su contra cláusulas de un contrato de adhesión, argumentando que no procede la protección por vía de tutela al ser un mecanismo subsidiario. Situación que en palabras de la accionante generó una apreciación equivocada de los derechos fundamentales, causando una violación en su derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y al debido proceso.*

Considera la accionante que la sentencia que se emitió por parte del fallador de primera instancia se aleja de su situación actual y afecta su estado de salud.

CONSIDERACIONES

Este juzgado ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones, no sólo del Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino del Artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del derecho, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, por medio del cual se establecieron reglas de reparto.

De acuerdo con lo que refiere el presente expediente de tutela, debe determinarse si a la señora ALICIA ANEV MONTOYA, le fueron vulnerados sus derechos a la salud, al debido proceso y la igualdad, en virtud que la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A no autorizó la realización del

procedimiento quirúrgico "Disectomia C5 – C6 y artrodesis cervical anterior con caja"

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que conforme al Artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela se constituyó como un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales, este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.

*En armonía con el Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando **(i)** el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, **(ii)** cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o **(iii)** cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.*

En el entendido que es posible promover la tutela como mecanismo transitorio, aun sobre la base de la existencia de otro medio judicial, resulta imprescindible demostrar la ocurrencia de una amenaza o de una agresión actual e inminente que pongan en peligro el derecho fundamental, o lo que es igual, acreditar que el derecho presuntamente afectado se encuentra sometido a un perjuicio irremediable.

*En ese contexto, la Corte en diferentes pronunciamientos ha considerado que para determinar la irremediabilidad del perjuicio debe tenerse en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura como son: **(i)** la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; **(ii)** la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; **(iii)** la urgencia, que exige por supuesto la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; y **(iv)** la impostergabilidad de la tutela, es decir, acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.*

En la Sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte Constitucional definió y explicó los elementos configurativos del perjuicio irremediable en el siguiente sentido:

> *"Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:*
>
> *A) El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.*
>
> *B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.*
>
> *C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad,*

sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). .La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio." (Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Con base en lo anteriormente expuesto, es claro que la acción de tutela resulta improcedente, dado que, efectivamente como lo estableció el juez de primera instancia, la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, como lo es la acción ante la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta que la discusión que acá se presenta hace referencia a controversias que derivan de un contrato, siendo así las cosas no se cumplen las condiciones para que por vía de tutela se ordene el amparo de los derechos pretendidos por el accionante, teniendo en cuenta que la tutela no es el mecanismo idónea ni la vía apropiada para discutir lo propuesto por la accionante, pues no le corresponde al Juez de Tutela discutirlo.

Por otro lado, al analizar el caso en concreto, se evidencia que la accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, el cual se presenta en los eventos mencionados en la jurisprudencia transcrita, y lo cual debe ser debidamente probado por quien lo alega, acreditando claramente las circunstancias que evidencien la urgencia y la gravedad del perjuicio que permitan determinar que la acción de tutela es impostergable y a pesar de existir otro medio de defensa procede como mecanismo transitorio.

Tal y como lo indicó el Juez de Primera instancia, la tutela es un mecanismo subsidiario que procede para la protección cuando no exista otro medio de defensa, pero en el caso en concreto se evidencia que efectivamente existe otros medios, por los cuales la accionante puede discutir el contrato que tienen con la entidad accionada. No le corresponde al Juez de Tutela, referirse acerca las cláusulas del contrato, tampoco si existe buena o mala fe dentro del procedimiento, si con ello no se prueba ***(i)*** *la inminencia del daño;* ***(ii)*** *la gravedad;* ***(iii)*** *la urgencia; y* ***(iv)*** *la impostergabilidad de la tutela, aspectos que no se evidencian dentro del proceso.*

Por último, cabe resaltar que, al analizar el expediente y los medios probatorios presentados por la accionante, no se evidencia que haya adelantado trámite alguno ante la EPS COOMEVA para que sea dicha entidad la que le realice el del procedimiento quirúrgico "Disectomia C5 – C6 y artrodesis cervical anterior con caja", pues si tal como lo alega la accionante se requiere un procedimiento de forma urgente, tiene la opción de realizar el trámite ante su EPS, mientras se resuelve el conflicto con la entidad COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPRAGADA COLSANITAS S.A.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar más consideraciones y por lo señalado en precedencia, se colige que hay lugar a ratificar la determinación adoptada por el fallador de primer grado.

En mérito de lo expuesto el ***JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.,*** *administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR *fallo proferida el 21 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal de Bogotá D.C., por los motivos señalados en la parte considerativa de esta decisión.*

SEGUNDO. - NOTIFICAR *éste proveído por el medio más expedito a los intervinientes, de tal manera que se asegure su conocimiento.*

TERCERO. - REMITIR *sin tardanza a la Corte Constitucional para su eventual revisión; lo anterior en acatamiento en lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.*

NOTIFÍQUESE *y* ***CÚMPLASE,***

CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ

LFG