



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

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

REF: ACCIÓN DE TUTELA No. 1101400300520210062700
ACCIONANTE: GABRIEL ALVINZY VELASQUEZ GARNICA.
ACCIONADA: AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA S.A.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite correspondiente.

I. ANTECEDENTES:

1.- HECHOS:

Indica el accionante que se encuentra vinculado a Salud Total EPS en calidad de cotizante.

Agrega que el 1 de enero de 2018, suscribió contrato de medicina prepagada con AXA Colpatría Medicina Prepagada mediante el plan “fesalud”.

Añade que “*desde principio de este año*” comenzó “*a padecer quebrantos de salud presentando episodios constantes de agotamiento, apnea del sueño, dificultad para respirar, la cual prevalecía cuando realizaba cualquier tipo de esfuerzo físico*”.

Sostiene que el 20 de abril del año en curso, fue atendido “*por medicina especializada por el Doctor Ricardo Nassar Bechara, quien es médico cirujano especialista en obesidad y director del Centro de Obesidad de la Fundación Santa Fe de Bogotá, quien al hacerme el chequeo correspondiente y revisar algunos exámenes médicos, me informó que mi salud estaba en riesgo, que tenía hipertensión, manifestando que estoy muy joven para presentar los síntomas que tengo, que requiero atención y tratamiento inmediato, por lo cual me empezó tratamiento farmacológico para la hipertensión. Además, me comentó que soy un paciente ideal para cirugía bariátrica como medida para prevenir enfermedades de alto riesgo*”.

Agrega que por ello, le ordenó realizar los siguientes exámenes médicos: “*colesterol, triglicéridos, creatinina en suero, glicemia pre y post, insulina pre y pos, nitrógeno ureico en la sangre- BUN, hemoglobina glicosilada HB1AC, transaminasa oxalacética - TGO, transaminasa pirúvica-TGP, examen de suero lipídico, cortisol en orina 24 horas, ferritina, Tiroides- TSH, Tiroxina- T4L, niveles de vitamina B12, vitamina D, TX de Tórax, electrocardiograma, ecografía hepato biliar, densitometría de tejidos blandos más VAT y endoscopia*”.

Que una vez realizados los exámenes en mención se evidenció que padece de *“obesidad mórbida grado I, con alto riesgo de contraer enfermedades derivadas del aumento del IMC (Índice de Masa Corporal), hipertensión arterial grado II, SAHOS apnea en el sueño, resistencia a la insulina HOMA IR 2.8, hígado graso, hernia hiatal pequeña y síndrome metabólico sin diabetes”*, por lo que el facultativo decidió que de acuerdo a la grave condición de salud le realizaría valoraciones con los especialistas de la junta medica del centro de Cuidado Integral de la Obesidad de la clínica Fundación Santa Fe de Bogotá.

Destaca que, con fundamento en los resultados de los exámenes, *“el Dr. Nassar me compartió el concepto médico”* emitido por la Junta Medica donde se indica que para mi caso particular el procedimiento a realizar es *“Gastrectomía vertical (Tipo Sleeve) por laparoscopia para el manejo de la obesidad mórbida bajo anestesia general en la Fundación Santa Fe de Bogotá FSFB”*.

Afirma que el 7 de julio de los corrientes solicitó a la AXA Colpatria Medicina Prepagada la autorización para el procedimiento ordenado; sin embargo, el mismo no fue autorizado bajo el argumento. *“Se genera negación de servicios gastrectomía vertical (Tipo Sleeve) por laparoscopia por patología preexistente al inicio de vigencia del contrato. Diagnostico obesidad, fecha de diagnostico aumento anormal de peso antes de ingresar al contrato, aumento progresivo desde hace 10 años, fecha de inicio de vigencia 01/01/2018. Exclusión contractual.”*.

Finalmente, considera que el argumento esgrimido por la entidad demandada para negar el procedimiento ordenado se fundamenta en las normas referidas a exclusiones y preexistencias generadas *“cuando no tiene una prueba o fundamento idóneo, ya que (...) al momento de ingresar a la medicina prepagada no se me realizo ningún examen. Luego, es imposible que puedan referir que ingresé al sistema con una preexistencia, solo porque en cita con el Dr. Nassar manifesté que desde hace algún tiempo venía subiendo y bajando de peso”*.

2. LA PETICION:

Solicita se amparen sus derechos fundamentales a la vida y a la salud y, en consecuencia, se ordene a AXA COLPATRIA MEDICINA PREGADA S.A., *“autorizar y tramitar el procedimiento denominado “gastrectomía vertical (Tipo Sleeve) por laparoscopia para el manejo de la obesidad mórbida bajo anestesia general en la Fundación Santa Fe de Bogotá FSFB” de conformidad a lo ordenado por la junta médica en un término no mayor a 48 horas, en virtud del delicado y grave estado de salud que padezco. Adicionalmente a ello (...) se ordene en forma inmediata a AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA -MPP que me preste todos los servicios accesorios y posteriores a la gastrectomía vertical (Tipo Sleeve) por laparoscopia bajo anestesia, sin dilación ni inconveniente alguno.”*

II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 27 de julio de 2020, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente se dispuso vincular al HOSPITAL UNIVERSITARIO FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, y LABORATORIO DE INVESTIGACIÓN HORMONALLIH S.A., y se les otorgó un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA S.A..

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitándose se niegue por no haber vulnerado los derechos fundamentales del promotor. En ese sentido indicó que, *“negó el procedimiento solicitado por el accionante a partir de la fecha de solicitud, debido a que la patología que presenta es preexistente a la antigüedad que este tiene con nuestro producto y además esta excluida expresamente de este. (cirugía bariátrica) Según la Historia Clínica emitida por el Dr. Ricardo Nassar Bechara, la patología de OBESIDAD que padece el accionante lleva un tiempo de evolución de aproximadamente 10 años”*.

Agregó que existe otro medio judicial, cual es acudir el Juez Ordinario pues es a éste a quién le corresponde debatir el presente asunto dada su naturaleza.

HOSPITAL UNIVERSITARIO FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ

En tiempo se pronunció frente a los hechos y pretensiones de la accionante, para lo cual indicó que las mismas deben ser atendidas por las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud requeridos por sus afiliados. Conforme a lo anterior, solicitó su desvinculación.

MINISTERIO DE SALUD

Afirma que de conformidad con lo reglado por el artículo 2.2.4.5 del Decreto 780 de 2016, la entidad se encuentra facultada para realizar un examen de ingreso con el objeto de establecer el estado de salud de un individuo y de excluir algunas preexistencias, en consecuencia, solicitó exonerar al Ministerio de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD

En término se pronunció, para lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, en ese sentido, solicita se desvincule de la presente acción, como quiera que no es la encargada de cumplir con las pretensiones de la acción tuitiva.

LABORATORIO DE INVESTIGACIÓN HORMONAL

Argumentó que no tiene intervención en las pretensiones del accionante ya que sólo ha realizado una prueba a solicitud de la Fundación Santa Fe de Bogotá, en ese sentido, solicitó su desvinculación.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a este Despacho determinar si la negativa de AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA S.A. de suministrar el procedimiento dispuesto por el médico tratante del accionante, denominado "*Gastrectomía vertical (Tipo Sleeve) por laparoscopia para el manejo de la obesidad mórbida bajo anestesia general en la Fundación Santa Fe de Bogotá FSFB*", vulnera sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

CONSIDERACIONES:

1. LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando él no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela, en consecuencia, es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada, por quien reclama su protección.

2. Procedencia de la acción de tutela para dirimir controversias derivadas de la prestación del servicio de medicina prepagada.

Refiriéndose sobre el tópico en comento, la Corte Constitucional en sentencia T-867 de 2007, precisó que "*La Ley 100 de 1993 (Art. 169), dispone que las entidades promotoras de salud podrán ofrecer planes complementarios al plan obligatorio de salud (régimen contributivo), que serán financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias.*

A su turno, el decreto reglamentario 806 de 1998 (Arts. 18 y 19), define los planes de atención adicional en salud -PAS-, como "aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria", y establece como modalidad de PAS la medicina prepagada, que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1486 de 1994 (Art. 1°), es definida como "[e]l sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente decreto, para la gestión de la atención y de

la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.”

Sobre este particular, esta Corporación ha establecido que la medicina prepagada es un plan adicional de atención en salud que hace parte del sistema de seguridad social en salud y que se suministra dentro de un esquema de contratación particular y voluntaria bajo la intervención del Estado. Ahora bien, dado que el servicio público de salud comporta derechos constitucionales, en lo que hace referencia al régimen de exclusiones, habida cuenta que la concepción del contrato de medicina prepagada radica en que su celebración se hace para la cobertura integral de servicios de salud, únicamente se entienden excluidos del contrato los padecimientos del usuario que previa, clara y taxativamente se hayan señalado en las cláusulas del mismo, sin que sea válido que con posterioridad la entidad pueda ampliar, unilateralmente, el catálogo de exclusiones.

Si bien como regla general las controversias que susciten de este tipo deben ser dirimidas por la jurisdicción ordinaria, puede darse el caso que estas trasciendan al ámbito de los derechos fundamentales, evento en el cual deberán ser resueltas por la jurisdicción constitucional, a quien le corresponde proteger de manera inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley, en atención a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque aunque se trata de personas jurídicas privadas, éstas participan en la prestación del servicio público de salud, y de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra particulares “[c]uando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud.”

De otra parte, dado que los particulares que contratan con las empresas de medicina prepagada, se encuentran en estado de indefensión frente a éstas, ya que, de un lado, dichas empresas tienen bajo su control directo 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” -, de manera que representan la parte fuerte de la relación contractual, mientras los afiliados constituyen la parte débil por el apremio que poseen frente a la prestación del servicio; y, de otro lado, toda vez que el contrato de medicina prepagada es un contrato de adhesión cuyas cláusulas son redactadas por las referidas empresas y en el que pocos asuntos son sometidos a la libre discusión de las partes.

Finalmente, debido a que si bien, normalmente, las controversias contractuales deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria, en el caso de los contratos de

medicina prepagada, cuando se involucran derechos fundamentales tales como la vida y la dignidad de las personas, las vías de defensa ordinarias no resultan idóneas, ni eficaces para la resolución de los conflictos relativos a la violación o amenaza de tales derechos en el curso de la prestación del servicio. En efecto, las acciones ordinarias han demostrado ser inútiles y tardías frente a la necesidad apremiante de los afectados de recibir atención médica”.

3. Así mismo, la misma corporación refiriéndose sobre las exclusiones por preexistencia en los contratos de medicina prepagada, en sentencia T184 de 2014, precisó:

“Se entiende por “preexistencia” la enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar, existía a la fecha de iniciación del contrato o vinculación, sin perjuicio de que se diagnostique durante la ejecución del mismo sobre bases científicas sólidas.

*“Así mismo, las “exclusiones” deberán quedar expresamente previstas en el contrato. **Sobre el particular se deberán precisar las enfermedades, procedimientos y exámenes diagnósticos específicos que se excluyan,** y el tiempo durante el cual no serán cubiertos por la entidad de medicina prepagada, no siendo oponibles al usuario las que no estén expresamente allí consignadas.*

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.

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”^[6].

En tal sentido, esta corporación ha presentado, desde la sentencia acabada de citar, una línea jurisprudencial homogénea^[7] de pronunciamientos, al expresar (no está en negrilla en el texto original):

*“... la entidad de medicina prepagada, durante el desarrollo del contrato, no está facultada para definir de manera unilateral que determinada patología, a pesar de no haberse excluido expresamente al momento de suscribir el contrato, se había venido desarrollando desde antes de la celebración de aquel y, en consecuencia, debe considerarse excluida. En tal evento, se entiende que **si la compañía***

omitió su obligación de realizar el examen médico previo o si, a pesar de hacerlo, éste fue insuficiente para detectar las posibles enfermedades del usuario, no puede negarse a prestar determinados servicios médicos requeridos por el paciente bajo el argumento de que se trata de una preexistencia o enfermedad congénita.

A juicio de la Corte, la compañía desconoce el principio de buena fe (art. 83 Const.), también inmanente en la prestación de todo servicio público y que, por ende, debe presidir las relaciones contractuales, resultando lesiva contra derechos fundamentales como los reclamados, la utilización de tácticas de elusión del compromiso de oportuna atención de requerimientos de salud, con la aducción unilateral de posibles preexistencias, que pudieron haber sido detectadas previamente a la celebración del contrato.

Es evidente que lo expuesto descarta la opción de que, en el curso del contrato, la compañía varíe, en desmedro de la situación del usuario, las condiciones pactadas y pretenda, esgrimiendo conceptos médicos ulteriores, usualmente emanados de profesionales a su servicio, excluir de cubrimiento una dolencia o afección detectada cuando ya se estaba ejecutando el convenio, que infiere que se venía gestando, madurando o desarrollando desde antes de la contratación, sin que el paciente estuviere en condiciones de saberlo con antelación". (se destaca)

2.- CASO CONCRETO

1. En el caso bajo estudio, el señor Gabriel Alvinzy Velásquez Garnica solicita a través de la acción de tutela, la protección de sus derechos fundamentales la salud y a la vida los cuales considera vulnera la entidad accionada, con ocasión de su negativa a autorizar el procedimiento ordenado por su médico tratante denominado "*Gastrectomía vertical (Tipo Sleeve) por laparoscopia para el manejo de la obesidad mórbida bajo anestesia general en la Fundación Santa Fe de Bogotá FSNB*".

Por su parte AXA COLPATRIA S.A MEDICINA PREPAGADA, se negó a autorizar el procedimiento aludido, aduciendo que se trata de una "*PATOLOGIA PREEXISTENTE AL INICIO DE VIGENCIA DEL CONTRATO*". Y en la contestación que hizo de la acción constitucional, agregó que "*Así mismo, nótese como dentro de nuestro plan de medicina prepagada, la patología de sobrepeso (No.4) y las cirugías bariátricas (No. 3), están excluidas del contrato, el cual acepto el accionante al momento de vincularse con esta entidad*".

Sin embargo, de las pruebas que militan dentro del expediente, no se advierte que dicho procedimiento este, y ello es medular, **expresamente** excluido dentro de la cobertura del contrato que tiene el promotor con la convocada.

Sumado a lo anterior, conforme la historia clínica del actor se trata de una persona de 37 años de edad, el cual fue diagnosticado con "*obesidad grado 1*" y con "*un alto riesgo de morbilidad*" en el año **2021**, esto es, con posterioridad

a la suscripción del contrato con la convocada. Y fuere lo que fuere, conforme la jurisprudencia constitucional “*si la compañía omitió su obligación de realizar el examen médico previo o si, a pesar de hacerlo, éste fue insuficiente para detectar las posibles enfermedades del usuario, no puede negarse a prestar determinados servicios médicos requeridos por el paciente bajo el argumento de que se trata de una preexistencia o enfermedad congénita*”.

Bajo ese panorama, la negativa en la autorización del mentado procedimiento vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida del promotor. En ese orden, se impone acceder al amparo deprecado y se ordenará a AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA S.A., que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice al actor el procedimiento denominado “*Gastrectomía vertical (Tipo Sleeve) por laparoscopia para el manejo de obesidad mórbida bajo anestesia general en la Fundación Santa Fe de Bogotá FSFB*”, ordenado por su médico tratante.

IV. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional reclamado por **GABRIEL ALVINZY VELASQUEZ GARNICA**, a sus derechos fundamentales a la salud y la vida, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA S.A.**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice al actor el procedimiento denominado “*Gastrectomía vertical (Tipo Sleeve) por laparoscopia para el manejo de obesidad mórbida bajo anestesia general en la Fundación Santa Fe de Bogotá FSFB*”, ordenado por su médico tratante.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

CUARTO: Si la sentencia no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**. Oficiense. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ

Firmado Por:

Juan Carlos Fonseca Cristancho
Juez
Civil 005
Juzgado Municipal
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:

b6ca0755066263c76d867b062f6da3d579628140ebd008e51a30ae191c747d89

Documento generado en 09/08/2021 02:00:37 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>