Asunto: Acción de tutela No. 2023-01470-01
Proveniente del Juzgado Dieciséis (16) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C.
Fallo Segunda Instancia

Fecha: Octubre dos (2) de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación de los solicitantes: (Art. 29 Num. 1 D. 2591/91):

- **ANDRÉS CABRERA ROJAS** identificado con la cédula de ciudadanía n.° 1.014.977.240, quien actúa en nombre propio.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Num. 2 D. 2591/91):

a) La actuación es dirigida en contra de:

- **COMPENSAR EPS – PLAN COMPLEMENTARIO.**

b) El Juzgado de instancia dispuso vincular a:

- **I.P.S. LOS COBOS CLINICAL CENTER**
- **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**
- **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**
- **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**
- **SECRETARÍA DE SALUD.**

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

El accionante indica que se trata de los derechos a la vida, salud e integridad personal.

4.- Síntesis de la demanda:

a) *Hechos:* El accionante manifiesta que:

- El 1 de marzo de 2021, cuando aún era menor de edad, el padre del accionante firmó un contrato con Compensar Plan Complementario orientado a la afiliación de la familia para la prestación de los servicios de salud integral, el cual a la fecha se encuentra vigente.

- Al momento de la suscripción del citado contrato, se indicó de manera expresa que no existen ningún tipo de preexistencias, no se refieren exámenes que deban ser practicados.

- El 11 de marzo de 2021 tuvo cita con el Doctor Carlos Torres Lizcano, quien no realizó ninguna orden para exámenes, medicamentos o procedimientos de algún tipo.

- Se solicitó cita con el otorrino Dr. Vivas, cuya primera consulta fue el 26 de junio de 2021 quien ordenó varios exámenes, a saber, *i.-)* tomografía de senos paranasales, *ii.-)* Exámenes de sangre, *iii.-)* Video "*nasofibrolaringoscopia"*.

- El último examen relacionado se realizó el 27 de mayo de 2022, y el diagnóstico del examen fue "*desviación septal con hipertrifía de cornentes"* , cuyo tratamiento indicado es "*cirugía septoplatia/turbunoplastia".*

- En consecuencia, fue remitido a la sede de Compensar Calle 94 para ser realizada la cirugía en dicho establecimiento. Empero, en dicha sede se se negó la cirugía toda vez que se debía realizar en una clínica de tercer nivel, ello dado que el paciente presentaba diagnóstico de "*apena de sueño leve".*

- En su oportunidad, el Doctor Vivas señaló que la cirugía se debía realizar en la Clínica Country donde el opera, y que no debía existir inconveniente alguno por cuanto pertenecía al Plan Complementario.

- Se autorizó la cirugía en la Clínica los Cobos, en la que Doctor Bernardo Vivas Perdomo no realiza el procedimiento.

- Se radicó una solicitud en ejercicio del derecho de petición el 5 de agosto de 2022 ya que fueron informados que la cirugía no la iba a cubrir el Plan Complementario al que pertenece, sino el plan obligatorio de salud, bajo el argumento que era una preexistencia.

  Refirió que el derecho de petición fue negado por Compensar.

- Al momento de la suscripción del contrato no tenían conocimiento de la enfermedad que padece, pues los exámenes fueron realizados con posterioridad y por orden de los mismos médicos del plan complementario.

- Indicó que en la remisión de la cirugía no aparece en ninguna parte de la evaluación inicial de pre – existencias realizada al firmar el contrato del plan complementario.

- Señaló que el contrato se ha renovado 2 veces y sus pagos se han realizado de manera oportuna.

b) *Petición:*

- Tutelar sus derechos deprecados.

- Ordenar a COMPENSAR EPS – plan complementario autorizar la cirugía para ser realizada por el profesional Bernardo Vivas Perdomo en la Clínica El Country.

5- Informes:

a) La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, en su informe manifestó que:

- No tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

- Es función de la EPS la prestación de los servicios de salud.

- El objeto de la queja constitucional corresponde a la prestación de servicios de salud que fueron ordenados y derivados de un contrato privado de seguro. Por lo que, si el problema jurídico que se ventila es el alcance del contrato, no es competencia de la Jurisdicción Constitucional resolverlo.

- Por lo anterior, solicitó negar el amparo deprecado respecto al ADRES y, en consecuencia, desvincular a la entidad del trámite tutelar.

b) El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, en su informe indica que:

- No le consta afirmado por la parte accionante.

- 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.

- La competencia del ministerio se orienta a formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar 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 antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

- No ha vulnerado ni amenaza vulnerar los derechos fundamentales objeto de la presente acción de tutela por cuanto en ejercicio de sus competencias, no es el encargado de prestar los servicios de salud, por lo que solicita declarar la improcedencia de la presente acción y en consecuencia exonerar a dicho ministerio de toda responsabilidad

que se endilgue durante el trámite de esta acción constitucional, toda vez que no es entidad competente para resolver la solicitud del accionante, ni es competente para conocer del trámite.

c) **COMPENSAR EPS**, en su informe indica que:

- Del contrato de plan complementario es un acuerdo comercial que tiene por objeto ofrecer a los afiliados condiciones alternativas de comodidad, hotelería y red de servicios.

- Dicho contrato se rige exclusivamente por el derecho privado, cuyos postulados principales son la autonomía de la voluntad de las partes y la buena fe contractual.

- En desarrollo de los referidos postulados, COMPENSAR EPS ha acordado que las patologías preexistentes quedan excluidas del Plan Complementario en Salud, sin que ello signifique la no garantía del acceso a los servicios de salud.

- Sobre el caso en particular, señaló que respecto al paciente obra registro para la realización del procedimiento quirúrgico "*septoplastia + turbinoplastia"* emitida el 27 de mayo de 2022, el cual ya no está vigente.

  Que la cobertura para dicho procedimiento es con cargo al Régimen Contributivo ´pr preexistencia.

- La presente acción es improcedente, toda vez que no se concederá la tutela contra conductas legitimas de un particular, según lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991.

d) La **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**, en su informe manifestó:

- La entidad no tiene conocimiento alguno de los hechos narrados dentro del escrito de tutela.

- No es la entidad que deba responder por la prestación de los servicios de salud, por prohibición expresa del artículo 31 de la Ley 1122 de 2007.

- Existe falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no se encuentra probada la vulneración o la puesta en riesgo del derecho fundamental por parte de dicha autoridad administrativa.

e) La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en su informe indica que:

- Solicitó se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y, en consecuencia, desvincularlos de la presente acción de tutela.

- Lo anterior, por cuanto los derechos que se alegan como conculcados no devienen de una acción u omisión atribuible a esa entidad, pues ello deberá ser objeto de pronunciamiento de COMPENSAR EPS – PLAN COMPLEMENTARIO.

f) La **I.P.S LOS COBOS CLINICAL CENTER**, guardó silencio en el término dispuesto para ejercer su derecho de defensa.

6.- Decisión impugnada:

El *A-quo* profirió sentencia el 24 de agosto de 2023, en el que concedió parcialmente el amparo invocado, al considerar que:

- No hay vulneración a los derechos alegados, pues lo que debe realizarse es una actualización de las ordenes médicas, dada la pérdida de su vigencia.

- El accionante deberá seguir los lineamientos para el agendamiento en la sede y con el profesional que le corresponda, pues la negación de los derechos se da cuando no se presta el servicio, más no cuando este no los acepta.

- Señaló que la accionada demostró un nivel de compromiso, pues manifestó que cumplirá con los servicios ordenados por los profesionales de la medicina.

- Ahora bien, dado que se advirtió que las ordenes médicas se encuentran vencidas, se ordenara una nueva valoración para que el galeno tratante determine el tratamiento adecuado.

Por lo anterior resolvió:

> *"PRIMERO: CONCEDER PARCIALMENTE el amparo solicitado por ANDRES CABRERA ROJAS, de conformidad a la parte considerativa de este fallo;*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la COMPENSAR y/o PLAN COMPLEMENTARIO para que siga garantizando los servicios en su totalidad según las ordenes médicas expedidas por los médicos tratantes, en la calidad y cantidad que sea generado por los galenos tratantes, así como los agendamientos necesarios en el menor tiempo posible.*
>
> *Así mismo, ordenar una nueva valoración en la especialidad de otorrinolaringología, e informar la fecha señalada al señor Cabrera Rojas, hecho esto, se le programe el procedimiento que requiera e incluso el que estaba ordenado (CIRUGIA SEPTOPLASTIA/TURBINOPLASTIA); en un centro hospitalario acorde con su afiliación actual vigente complementaria.*
>
> *TERCERO: DESVINCULAR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, la SECRETARÍA DE SALUD,*

MINISTERIO DE SALID, I.P.S. LOS COBOS CLINICAL CENTER Y ADRES

CUARTO: NOTIFICAR la presente providencia a las partes para los fines legales pertinentes por el medio más eficaz.

QUINTO: ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.".

7.- Impugnación: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

Inconforme con la decisión, el accionante impugnó el fallo proferido, por cuanto no esta de acuerdo con la decisión, ya que considera que el Plan Complementario es el que debe asumir su tratamiento por no existir ninguna preexistencia.

8.- Problema jurídico:

¿El Plan Complementario de Compensar EPS vulneró los derechos fundamentales deprecados por el accionante en la medida que no autorizó la realización de la cirugía en el lugar deseado por el gestor por cuanto la enfermedad diagnosticada fue catalogada como una preexistencia?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

9.1. Derecho a la salud.

El derecho a la salud tiene doble connotación según lo dispuso el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia; por un lado, está regulado como un derecho constitucional, y por otro, en un servicio público de carácter esencial, por lo cual corresponde su prestación a todos los residentes en el territorio colombiano por parte del Estado Social de Derecho de acuerdo a sus postulados.

En relación con el derecho a la seguridad social en salud, se ha resaltado que la acción de tutela es viable cuando quiera que, con la actuación u omisión de los encargados de prestar asistencia médica, se ponga en riesgo al individuo o se menoscabe su dignidad humana, pues la Constitución Política precisa que se trata de un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable de todos los habitantes.

Aunado a lo anterior, el derecho a la salud se encuentra fundado en el principio de integralidad, frente al cual la Corte Constitucional en sentencia T-015 de 2021 tuvo la oportunidad de pronunciarse:

" (…) Esta Corporación se ha referido a la integralidad en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante. Según la Sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental de salud, ***el principio de integralidad irradia el sistema, determina su lógica de funcionamiento y envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la***

> ***prestación del servicio de adoptar todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas.*** *También ha reconocido la Corte, que cuando no es posible la recuperación de la salud, en todo caso deben proveerse los servicios y tecnologías necesarios para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad y dignidad personal del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado. (…)"*

De otra parte, la Corte Constitucional ha definido el derecho al diagnóstico como la facultad que tiene todo paciente de exigir de las E.P.S., la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia, en consecuencia, le corresponde al galeno tratante, quien con fundamento en consideraciones medico científicas, determine las prescripciones más adecuadas, encaminadas a lograr la recuperación del estado de salud de sus pacientes.

Con fundamento en lo anterior, resultaría inoperante cualquier orden que emitiera el juez constitucional, encaminada en determinar que tratamiento debe seguir el accionante para el manejo de sus patologías, pues dicha actuación no corresponde a alguna de las competencias para la cual está destinado su proceder.

10.- Caso concreto:

10.1. Revisadas las actuaciones desplegadas al interior del presente trámite constitucional y la impugnación presentada, se extrae que la discusión se centra en la negativa de Compensar EPS – Plan Complementario en asumir la realización de la cirugía "*septoplatia/turbunoplastia",* por cuanto la enfermedad "*desviación septal con hipertrifía de cornentes*" es una preexistencia del paciente.

En efecto, el accionante señala que el plan complementario no puede calificar como preexistencia su enfermedad, comoquiera que al momento de la suscripción del contrato no había sido diagnosticado con tal patología.

En procura de atender el resolver, el despacho validará la procedencia de la acción de tutela respecto a las discusiones en torno a las prestaciones de los contratos complementarios en salud:

10.2.1. Al respecto, es menester traer a colación lo desarrollado por la jurisprudencia en lña Sentencia T 274 de 2020:

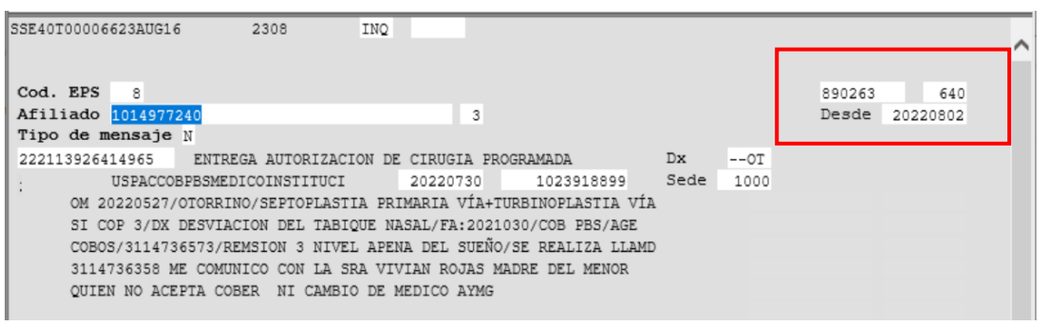
> *"Así las cosas, respecto de la procedibilidad de la acción de tutela para debatir controversias derivadas de contratos sobre planes adicionales de salud (PAS),* ***esta Corporación ha referido que, en principio, todo litigio en esta materia deberá ser resuelto conforme a las normas civiles y comerciales****. 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'[35] 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".*

> *8. Además de la subsidiariedad, el examen de procedibilidad de la acción de tutela está integrado por los requisitos formales de la legitimidad (por activa y por pasiva) y* ***la inmediatez****.*
>
> *(…)*
>
> *11. En cuanto a la inmediatez, la jurisprudencia ha establecido que la interposición del recurso de amparo debe* ***hacerse dentro de un plazo oportuno y justo****, contado a partir del momento en que ocurre la situación transgresora o amenazante de los derechos fundamentales, pues instaurar la acción después de un tiempo considerable desnaturalizaría su esencia y finalidad, además generaría inseguridad jurídica.*

En ese orden, se colige que, en principio, las discusiones en torno a los planes complementarios deben ser atendidas a través de los mecanismos judiciales dispuesto para tales fines. No obstante, de manera excepcional pueden ser abordados a través de la acción de tutela cuando no sean idóneos, o no resulten oportunos para prevenir un perjuicio irremediable.

En el caso *sub examine* se advierte que la autorización de la orden médica que dispuso la realización de la cirugía data del 2 de agosto de 2022, conforme se observa en el sistema de registro de la EPS accionada:


SSE40T00006623AUG16 2308 INQ

Cod. EPS 8 890263 640
Afiliado 1014977240 3 Desde 20220802
Tipo de mensaje N
222113926414965 ENTREGA AUTORIZACION DE CIRUGIA PROGRAMADA Dx --OT
: USPACCOBPBSMEDICOINSTITUCI 20220730 1023918899 Sede 1000
OM 20220527/OTORRINO/SEPTOPLASTIA PRIMARIA VÍA+TURBINOPLASTIA VÍA
SI COP 3/DX DESVIACION DEL TABIQUE NASAL/FA:2021030/COB PBS/AGE
COBOS/3114736573/REMSION 3 NIVEL APENA DEL SUEÑO/SE REALIZA LLAMD
3114736358 ME COMUNICO CON LA SRA VIVIAN ROJAS MADRE DEL MENOR
QUIEN NO ACEPTA COBER NI CAMBIO DE MEDICO AYMG

Aunado a ello, el accionante aportó respuesta a la solicitud en ejercicio de derecho de petición, en la cual se le informó los motivos por los cuales la cirugía se realizará a través del plan obligatorio de salud y no del plan complementario. Dicho documento tiene fecha del 16 de agosto de 2022.

Bogota, 16 de Agosto de 2022

Señora
ELVIA LUISA VIVIAN ROJAS
VRVJUANSO@HOTMAIL.COM
CR 3 13 A 42 CA 12
COTA

Referencia: Respuesta radicado No. PQR EN20220000335028 - EN20220000327433

Desde esa perspectiva, se evidencia que la acción de tutela fue invocada un (1) año después de la negativa del Plan Complementario en cubrir la enfermedad del accionante, de tal suerte que dicho plazo no responde a un término prudente que consulte el requisito de inmediatez.

En efecto, por el transcurso del tiempo se desnaturalizó la esencia y finalidad de las excepciones antes relacionadas, habida cuenta que la decisión del juez constitucional no sería oportuna para prevenir un probable perjuicio irremediable relacionado con la salud del gestor.

Tanto es así que el *a quo* concedió el amparo al derecho de la salud del accionante en procura de garantizar el derecho al diagnóstico, por cuanto las órdenes médicas se encontraban más que vencidas.

10.2.2. Ahora bien, en gracia de discusión, es menester precisar que el derecho a la salud se garantiza con la prestación de los tratamientos necesarios para manejar los padecimientos del paciente.

En ese sentido, en esta especie no se advierte que se le haya negado la realización de la cirugía, en cambio se observó que COMPENSAR E.P.S. estuvo presto a realizar el procedimiento a través de la IPS contratada para tal fin. Por el contrario, fue la misma madre del accionante quien negó el servicio, como consta en el informe allegado por la accionante.

```
SSE40T00006623AUG16        2308        INQ

Cod. EPS  8                                          890263    640
Afiliado  1014977240              3                  Desde  20220802
Tipo de mensaje N
222113926414965   ENTREGA AUTORIZACION DE CIRUGIA PROGRAMADA      Dx   --OT
:      USPACCOBPBSMEDICOINSTITUCI   20220730   1023918899   Sede  1000
    OM 20220527/OTORRINO/SEPTOPLASTIA PRIMARIA VÍA+TURBINOPLASTIA VÍA
    SI COP 3/DX DESVIACION DEL TABIQUE NASAL/FA:2021030/COB PBS/AGE
    COBOS/3114736573/REMSION 3 NIVEL APENA DEL SUEÑO/SE REALIZA LLAMD
    3114736358 ME COMUNICO CON LA SRA VIVIAN ROJAS MADRE DEL MENOR
    QUIEN NO ACEPTA COBER  NI CAMBIO DE MEDICO AYMG
```

10.2.3. Por último, si bien la motivación de la sentencia de primera instancia está orientada a conceder el derecho al diagnóstico, lo cierto es que la queja constitucional estaba dirigida a discutir la negación de la prestación del servicio de salud a través del plan complementario.

En ese sentido, se advierte que el estudio que debió haber realizado el juzgado de primera instancia correspondía a la procedencia excepcional de la tutela como mecanismo para discutir tal situación, conforme se expuso en el numeral 10.2.1.

10.2.4. En conclusión, en el presente asunto no se configuró el presupuesto de la inmediatez para la procedencia de la tutela para discutir la prestación de servicios derivadas de un Contrato Complementario de salud, de tal suerte que ello debe ser resuelto a través de los mecanismos ordinarios dispuestos por el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, tampoco se advirtió una negativa de la accionada en atender la patología del accionante. Por el contrario, adelantó las actuaciones encaminadas para la realización de la cirugía con cargo al Plan Obligatorio en Salud y a través de la red de instituciones prestadoras de salud. En ese sentido, no se puede predicar una vulneración a los derechos fundamentales del actor.

Por último, el Juzgado de primera instancia acertó en ordenar una nueva valoración en la especialidad de otorrinolaringología, ya que las ordenes médicas allegadas se encontraban vencidas.

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo cuestionado, por los motivos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: NOTIFICAR la decisión por el medio más expedito.

Notifíquese,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO
JUEZ