



Bogotá D. C., 16 de noviembre de 2021

ACCIÓN DE TUTELA N° 2021-00573 DE ANA ELIZABETH FORERO CRUZ CONTRA COMPENSAR EPS Y ALLIANZ SEGUROS COLOMBIA S.A.

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por Ana Elizabeth Forero Cruz contra la Compensar EPS y Allianz Seguros Colombia S.A. por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, al no trato cruel e inhumano, a la familia, igualdad, a la protección a la mujer, al trabajo y al debido proceso.

ANTECEDENTES

Hechos de la acción de tutela

Manifestó que tiene 41 años y que está afiliada a Compensar EPS como cotizante del régimen contributivo y que su empleador, Banco de Bogotá, constituyó en favor de sus empleados una póliza con la empresa Allianz Seguros Colombia S.A.

Indicó que haciendo uso de la póliza Allian Gold y ante los antecedentes médicos de cáncer de su tía y mamá, acudió a consulta con la doctora Ana Mejía Munera quien ante la evidencia de la secuenciación BRCA 1 y 2 le diagnosticó que era portadora heterocigota del cambio C5566>T en el gen BRCA, por lo que le ordenó el procedimiento "*mastectomía bilateral reductora de riesgo conservadora de piel y complejo areola penon bilateral más colgajo de piel compuesto bilateral más reconstrucción mamaria con prótesis bilateral y matriz dérmica acelular*".

Sostuvo que fue remitida con el doctor Giovanni Castro Cuenca quien el 6 de julio de 2019 le ordenó el procedimiento "*Histerectomía total por laparoscopia y salpingooforectomía bilateral por laparoscopia*".

Precisó que ante las ordenes medicas acudió a la encartada Allianz Seguros S.A. para que le fueran autorizados los procedimientos médicos, pero que los mismos fueron negados argumentando preexistencias y exclusiones.

Reseñó que, ante la negativa de Allianz Seguros S.A., acudió a Compensar EPS quien pese a que se aportaron todas las historias clínicas y exámenes practicados con anterioridad, la obligó a realizar todo el proceso de valoración nuevamente por lo que a la fecha no han sido practicados los procedimientos ordenados por sus médicos tratantes en junio y julio de 2019.

Finalmente indicó que la negativa en practicar dichos procedimientos constituye una vulneración a sus derechos fundamentales, pues los exámenes dan fe que puede ser propensa a desarrollar cáncer, máxime con los antecedentes familiares de su tía y mamá, resalta a su vez que es madre de dos hijos por lo que deben realizarse los procedimientos para no dejarlos huérfanos.

Objeto de la Tutela



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

De acuerdo con lo expuesto, la accionante pretende que se amparen sus derechos fundamentales a la salud, la vida, al no trato cruel e inhumano, la familia, la igualdad, la protección a la mujer, al trabajo y al debido proceso y, en consecuencia, pide ordenar a las accionadas que realicen los procedimientos "*mastectomía bilateral reductora de riesgo conservadora de piel y complejo areola penon bilateral más colgajo de piel compuesto bilateral más reconstrucción mamaria con prótesis bilateral y matriz dérmica acelular*", "*Histerectomía total por laparoscopia*" y "*salpingooforectomía bilateral por laparoscopia*", así como el tratamiento integral.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 3 de noviembre de 2021, por medio del cual se ordenó librar comunicación a las accionadas con el fin de ponerle en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó la información pertinente. Además, se ordenó vincular a la Clínica de la Mujer y al Banco de Bogotá para que rindieran un informe sobre los hechos de la tutela.

Informes recibidos

Allianz Seguros de Vida S.A. manifestó en primera medida que la acción de tutela es improcedente por cuanto existen otros medios de defensa judicial, porque no hay vulneración de derechos fundamentales y por cuanto las discusiones en torno a un contrato no deben ser objeto de conocimiento del Juez Constitucional.

Sostuvo que las controversias entre seguros o pólizas deben ser resueltas por los jueces civiles o por la Superintendencia Financiera de Colombia a través de un proceso verbal sumario, que es un trámite preferente y expedito, pues el Juez de tutela carece de competencia para dirimir conflictos contractuales.

Indicó que el no autorizar los servicios médicos requeridos por la accionante no pone en riesgo los derechos fundamentales de la accionante, pues la misma se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud, por lo que no está desprotegida y la EPS es quien debe responder por los servicios de salud requeridos por la señora Forero Cruz.

Finalmente indicó que en gracia de discusión la accionante no tiene derecho alguno derivado del contrato de seguro celebrado, pues goza de la facultad de delimitar los riesgos a través de la descripción del amparo y su extensión con la definición de las exclusiones o eventos no amparados, por lo que en la póliza colectiva No. 022408072 tomada por cuenta del Fondo de Empleados del Banco de Bogotá, se indicó como exclusión "*tratamiento profiláctico quirúrgico o médico por antecedentes de cáncer u otras patologías cuya finalidad no sea curativa*" motivo por el cual al ser los procedimientos requeridos preventivos y no curativos, no le asiste obligación alguna de programar los mismos.

Por ello señaló que no es posible extender la cobertura de lo acordado al momento de adquirirse la póliza, pues ello iría en contravía de la voluntad inicial de las partes, dando alcances no descritos en el contrato, lo cual no atendería los principios de autonomía de la voluntad privada y de la ubérrima buena fe.

En consecuencia, solicitó la absolución de todas las pretensiones incoadas en su contra.



Compensar EPS indicó que la accionante se encuentra activa en el plan de beneficios en salud en calidad de cotizante dependiente del Banco de Bogotá desde el 28 de octubre de 2019. Precisó que ha prestado todos los servicios requeridos por la accionante y que se encuentran dentro del Plan de Beneficios en Salud.

Sostuvo que su cohorte de enfermedades oncológicas determinó que la accionante no cuenta con patología oncológica confirmada, pero que cursa con mutación genética e historia familiar para el desarrollo de cáncer de mama y ovario por lo que fue valorada por el servicio de oncología en la IPS Hematooncologos ordenado la valoración por cirugía de mama y tejidos blandos y ginecología oncológica, valoraciones que se realizaron en la EPS Clínica del Seno por pertenecer a su red de prestadoras.

Manifestó que, si bien la accionante fue atendida en la Clínica de la Mujer y la Clínica los Nogales y se ordenaron unos procedimientos en junio y julio de 2019, ello fue por cuenta de su programa de medicina prepagada, por lo cual desconoce la historia clínica de la accionante, así como el plan de manejo y pertinencia de los servicios solicitados y en consecuencia no puede autorizar dichos procedimientos.

Precisó que no se encuentran los presupuestos legales y constitucionales para que dichas ordenes sean vinculantes por cuanto no fueron expedidas por una IPS adscrita a su red de prestadoras de servicios, no hay una valoración inadecuada por parte de los médicos adscritos a la EPS, la paciente hasta ahora está siendo valorada por la red de prestadores de Compensar y a la fecha no ha aprobado o aceptado las valoraciones y diagnósticos de los doctores Mejía Munera y Castro Cuenca.

Sostuvo adicionalmente, que las ordenes de los procedimientos datan de julio de 2019, es decir, desde hace más de 2 años, por lo que se desconoce si desde dicha data ha habido algún cambio considerable en su condición de salud, por lo que, para determinar el plan de manejo o tratamiento vigente y pertinente a adoptar se hace necesario contar con la valoración de los galenos adscritos a la red de prestadores de la EPS.

Frente al tratamiento integral indicó que la pretensión no es procedente pues no se puede basar una solicitud en hechos futuros, aleatorios o no concretados, máxime cuando no le ha negado la prestación de los servicios a la accionante.

Finalmente, solicitó declarar improcedente la acción de tutela ya que no ha vulnerado derecho fundamental alguna a la accionante y por cuanto ha prestado todos los servicios requeridos por la paciente.

La **Clínica de la Mujer** manifestó que no le constan los hechos de la acción de tutela y que si bien los doctores Ana María Mejía Múnica y Giovani Castro Cuenca cuentan con adscripción a la clínica, prestan sus servicios como profesionales independientes, motivo por el cual no cuenta con acceso a la historia clínica de la paciente.

En consecuencia, solicitaron su desvinculación a la acción de tutela, por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.



Banco de Bogotá manifestó que celebró un convenio con la aseguradora Allianz Seguros de Vida SA, que era facultativo por parte de los empleados hacer o no parte de la póliza para tener acceso oportuno a atención en salud, pero que dicho convenio culminó el 28 de febrero de 2019 por lo que los trabajadores que siguieron haciendo parte del mismo lo hicieron de manera directa y no por intermedio del banco.

Sostuvo que como empleador a la fecha no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante y ha sido cumplidor de todos sus deberes laborales como lo es el pago de los aportes a seguridad social.

Precisó que en ningún momento contó con una garantía para sus empleados como lo pretende hacer ver la accionante, pues lo que existió solo fue un convenio facultativo de sus funcionarios en el que la entidad era un intermediario entre el pago por parte del beneficiario.

Finalmente, solicitó la desvinculación a la acción de tutela por cuando no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la señora Forero Cruz.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (Corte Constitucional Sentencia T-471 de 2017).

El principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela.

Para determinar la procedencia de la acción de tutela se debe analizar el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. De una parte, el requisito de inmediatez hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la violación de los derechos fundamentales invocados, con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza célere y urgente de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica¹.

La Corte Constitucional ha resaltado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad². Sin embargo, la solicitud de amparo debe formularse en un término razonable desde el momento en el que se produjo el hecho presuntamente vulnerador de los derechos fundamentales. Esta exigencia se deriva de la finalidad de la acción constitucional, que

¹ Ver Sentencias T-730 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T- 678 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-610 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-899 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.

² Sentencia SU-961 de 1999.



pretende conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces. Por ende, cuando el mecanismo se utiliza mucho tiempo después de la acción u omisión que se alega como violatoria de derechos, se desvirtúa su carácter apremiante³.

Así mismo, este requisito de procedencia tiene por objeto respetar o mantener la certeza y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos durante un tiempo razonable, respecto de los cuales se presume la validez de sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas. En atención a esas consideraciones, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que, de acuerdo con los hechos del caso, corresponde al juez establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

En efecto, bajo ciertas circunstancias y situaciones de excepcionalidad, el juez constitucional puede concluir que una acción de tutela interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, resulta procedente. En este sentido, la jurisprudencia ha identificado tres eventos en los que esto ocurre:

(i) [Ante] La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo⁴, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que 'el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan'.⁵

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte ha precisado, que el presupuesto de inmediatez (i) tiene fundamento en la finalidad de la acción, la cual supone la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental⁶; (ii) persigue la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros; e (iii) implica que la tutela se haya interpuesto dentro de un plazo razonable, el cual dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

Diferencias entre el contrato de medicina prepagada y la póliza de seguros.

Según lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencias T526 de 2020 y T-430 de 2015, los contratos de medicina prepagada y las pólizas de salud son Planes Adicionales de Salud (PAS), que, de acuerdo al Decreto 806 de 1998, consisten en un conjunto de beneficios opcionales contratados de manera voluntaria, que garantizan la atención de actividades, procedimientos o intervenciones en salud adicionales al POS. Estos servicios son prestados por particulares que, si bien se encargan de

³ Sentencia T-040 de 2018.

⁴ Sentencias T-1009 de 2006 y T-299 de 2009.

⁵ Sentencia T-1028 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ Sentencia T-246 de 2015, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.



garantizar el servicio público de salud, no se financian con los recursos del Sistema y rigen sus relaciones contractuales por el derecho privado.

Al respecto señaló:

Los contratos de medicina prepagada, de acuerdo al Decreto 1570 de 1993, son “el sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente Decreto, para la gestión de la atención médica, y la prestación de los servicios de salud y/o atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.” Estos contratos hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud y benefician a quienes se encuentran en el régimen contributivo ofreciendo una mayor cobertura y/o calidad, respecto del Plan Obligatorio de Salud.

Estos contratos se rigen por las normas del Código Civil y del Código de Comercio y, como lo señala el Decreto 1468 de 1994, parten del supuesto de que la compañía prestadora del servicio cubrirá, a partir de su celebración o de la fecha que acuerden las partes, los riesgos relativos a la salud del contratante y de las personas que sean señaladas por él como beneficiarias[21]; sin embargo, dado que se trata de una actividad donde, además de captar recursos del público, se está prestando un servicio público y se ven involucrados derechos fundamentales como la vida, la integridad física y la salud, la intervención y vigilancia del Estado es imperativa.

El contrato de seguro, o la póliza de seguro, se rige por el capítulo V del Código de Comercio, según el cual “el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”. En consecuencia, las disposiciones que determinan la validez y, en general, todos los asuntos atinentes a este contrato, están determinados por la legislación comercial y encuentran su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad privada.

Los contratos de seguro, a diferencia de los contratos de medicina prepagada, no suponen la prestación de los servicios de salud, sino que, de acuerdo a las normas previstas en el Código de Comercio, parten del aseguramiento de un riesgo que, en caso de concretarse, dan lugar al reembolso de la suma de dinero correspondiente por lo que al tratarse de un contrato de salud y de la aplicación de las cláusulas pactadas, en principio, el actor cuenta con la vía ordinaria para controvertir estos asuntos

Así las cosas, las pólizas de salud se rigen por lo establecido en el título V del Código de Comercio, según el cual “el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva” por lo que, en estricto sentido, encuentran su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad. Es importante insistir en que estas pólizas no suponen la prestación de servicios de salud, sino que, de conformidad con la legislación comercial, aseguran un riesgo que, de concretarse, da lugar a un reembolso de una suma de dinero. Respecto de la procedencia específica de la acción de tutela para decidir controversias relacionados con planes adicionales de salud, la Corte se ha pronunciado en diferentes oportunidades y, en línea jurisprudencial pacífica y reiterada ha fijado, como regla general, la improcedencia del amparo para efectos de resolver este tipo de controversias que son de naturaleza civil o comercial, salvo que se advierta que, en el caso concreto, las mismas no son eficaces e idóneas para resolver de manera pronta e integral el problema jurídico planteado o, exista riesgo de configurarse un perjuicio irremediable.

Derecho fundamental a la salud

Dispone el artículo 49 constitucional que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, y que estos deben ser garantizados a todas las personas, desde las ópticas de promoción, protección y recuperación del estado de salud.

Esta disposición constitucional reafirma que a todas las personas se les debe otorgar la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de ese estado de salud, determinando, de manera irrefutable, que el derecho a la salud adquiere el rango de fundamental, porque cuanto se refiere a que todas las personas tienen el derecho a la atención en salud, definiendo así el sujeto, sin



hacer exclusión de ninguna índole, para abarcar, por consiguiente, la universalidad de los sujetos destinatarios del mismo.

En aplicación directa de la Constitución, la jurisprudencia constitucional siempre ha tratado de considerar que el derecho a la salud es fundamental porque protege múltiples ámbitos de la vida humana, y a la vez un derecho complejo, tanto por su concepción como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan, y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad.⁷

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud es reconocido finalmente como derecho fundamental, para regularlo como aquella garantía consistente en la adopción de medidas y prestación de servicios, en procura del más alto nivel de calidad e integridad posible, sobre todo, de personas en estado de debilidad manifiesta, puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y tratamiento eficiente e integral, esas personas merecen especial protección por parte del Estado.

Precisamente con esta legislación, se estableció que la atención en materia de salud, debe ser prestada de manera integral, es decir, que *"los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador"*, por las entidades encargadas por el Estado, con observancia de sus elementos esenciales e interrelacionados, tales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad, la calidad e idoneidad profesional y principios básicos como los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de los derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia e interculturalidad y protección especial a minorías étnicas.

Por lo tanto, las personas vinculadas al sistema general de salud independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garanticen un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad.

En este entendido, la salud es un derecho fundamental y es también un servicio público, doble connotación que ha sido analizada por la Corte Constitucional, que permite una amplia protección al derecho fundamental de los ciudadanos colombianos y que, por consiguiente, fortalece la necesidad de demandar por parte de las administradoras y prestadoras de salud el cumplimiento de su deber en aras de no vulnerar las prerrogativas fundamentales de sus afiliados.⁸ Es por ello, que en el caso tal que las empresas prestadoras de salud no presten su servicio de manera idónea, o los postulados de un estado social de derecho y el coasociado se vea en la imperiosa necesidad de recurrir al aparato jurisdiccional, es claro que el juez de tutela debe ser el encargado de estudiar el caso en concreto para determinar si es necesario adoptar las medidas que considere pertinentes para lograr adecuar la respectiva irregularidad.

⁷ Sentencia T-760 de 2008 y T-062 de 2017.

⁸ Sentencia T-673 de 2017.



El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana⁹.

Esto fue recogido por la Sentencia T-760 de 2008 en la regla: "toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud"¹⁰ pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante¹¹.

En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente¹².

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio¹³.

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar, y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico¹⁴.

Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un juez podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos

⁹ Sentencias T-760 de 2008 y T-345 de 2013.

¹⁰ Sentencia T-760 de 2008 reiterada en las sentencias T-320 de 2009, T-346 de 2009, T-371 de 2010, T-410 de 2010, T-730 de 2010, T-953 de 2010, T-035 de 2011, T-091 de 2011, T-096 de 2011, T-160 y T-162 de 2011.

¹¹ Se ha entendido por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. La Corte en reiterada jurisprudencia ha hecho énfasis en que en los casos de atención en salud, se aplicará por regla general el procedimiento o tratamiento que haya prescrito en su momento el médico tratante, en atención a que éste "es un profesional con formación científica médica, que adicionalmente tiene conocimiento específico del caso del paciente, y por tal razón, tiene elementos científicos precisos para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio médico determinado". Sentencias T-991 de 2002, T-921 de 2003, T-001 de 2005, T-007 de 2005 y la T-440 de 2005.

¹² Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional en las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-410 de 2010 y T-873 de 2011.

¹³ Ver al respecto la sentencia T-616 de 2004,

¹⁴ Sentencia T-569 de 2005. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias T-059 de 1999, T-179 de 2000, T-1325 de 2001, T- 256 de 2002, T-398 de 2004, T-412 de 2004 y T-234 de 2007.



que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos¹⁵.

Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico, o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante¹⁶ pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico¹⁷.

Validez del concepto emitido por un médico no adscrito a la EPS

La Corte Constitucional, en las Sentencias T-235 de 2018 y T-545 de 2014, señaló que un servicio médico requerido por un usuario, esté o no incluido en el POS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, como quiera que es la persona capacitada con criterio científico y que conoce al paciente. También sostuvo, que si bien el criterio principal para definir cuáles servicios requiere un paciente es el del médico tratante adscrito a la EPS, éste no es exclusivo, en tanto el concepto de un médico particular puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva. Pero para que proceda dicha excepción se requiere, como regla general, que exista un principio de razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado.

En la Sentencia T-760 de 2008 la Corte puntualizó los eventos en los cuales el criterio de un médico externo es vinculante para la EPS:

i) La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica; ii) Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio; iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión; iv) La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como "tratante", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

Bajo esas reglas, el concepto proferido por un médico particular resulta vinculante para la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo con una motivación razonable y científica emanada por los médicos adscritos de la EPS.

La Corte, a su vez ha señalado que se vulnera el Derecho Fundamental a la Salud cuando se niega la prestación de un servicio asistencial bajo el único argumento que fue ordenado por un médico particular, pues aunque éste no se encuentre adscrito a la EPS es un profesional reconocido por el sistema de salud.

En conclusión, para que una valoración efectuada por un médico particular goce de validez, se debe acreditar que los médicos adscritos no realizaron una adecuada valoración, y que la EPS conoce la historia clínica del paciente y al saber la valoración efectuada por el médico particular no la descarta sino que la acepta.

¹⁵ Sentencias T-1325 de 2001, reiterada en la T-427 de 2005 y en la T-234 de 2007.

¹⁶ Sentencia T-234 de 2007 y T-1080 de 2007.

¹⁷ En la Sentencia T-597 de 2001 se consideró que "(...) la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces (...)". Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias T-344 de 2002 y T- 1016 de 2006.



Caso concreto

En el presente caso, el accionante pretende que se amparen sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, al no trato cruel e inhumano, a la familia, igualdad, a la protección a la mujer, al trabajo y al debido proceso y, en consecuencia, pide ordenar a las accionadas que realicen los procedimientos "*mastectomía bilateral reductora de riesgo conservadora de piel y complejo areola penon bilateral más colgajo de piel compuesto bilateral más reconstrucción mamaria con prótesis bilateral y matriz dérmica acelular*", "*Histerectomía total por laparoscopia*" y "*salpingooforectomía bilateral por laparoscopia*", así como el tratamiento integral.

Para acreditar sus pedimentos allegó:

1. Copia de la orden médica de fecha 24 de julio de 2019 dada por la doctora Ana Mejía Múnera médico adscrita a la Clínica de la Mujer, en donde ordenó la práctica del procedimiento "*mastectomía bilateral reductora de riesgo conservadora de piel y complejo areola penon bilateral más colgajo de piel compuesto bilateral más reconstrucción mamaria con prótesis bilateral y matriz dérmica acelular*"
2. Orden médica del 6 de julio de 2019 emitida por el doctor Giovanni Castro Cuenca médico adscrito a la Clínica de la Mujer en la cual se evidencian 2 procedimientos:
 - a. "*Histerectomía total por laparoscopia*"
 - b. "*salpingooforectomía bilateral por laparoscopia*"
3. Certificado de afiliación a Compensar EPS.
4. Historias clínicas de las atenciones y resultados de los exámenes médicos recibidas y practicados en el Hospital Universitario San Ignacio, Viva1A IPS, Centro de Enfermedades Mamarias, Magnética del Country SA, Javesalud, Laboratorio Médico Colcan, Hemato oncólogos, Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., Patolab Ltda., Dinámica, Genetix, Idime, reference laboratory y la emitida por la doctora Mejía Múnera

Por su parte, la accionada **Allianz Seguros de Vida S.A.** aportó en formato PDF la póliza No. 022408072 junto con todo su clausulado, de la cual es importante señalar que la vinculada **Banco de Bogotá** adujo que fue un intermediario entre empleados y la entidad aseguradora a través de un convenio, pero que el mismo terminó el 28 de febrero de 2019, por lo que si la accionante continuó con la póliza fue un trámite adelantado directamente por ella.

Ahora, Previo a realizar el correspondiente análisis, es necesario determinar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela: inmediatez y subsidiariedad.

En cuanto a la **inmediatez**, el Despacho no encuentra acreditado tal presupuesto, pues desde el momento en el que se configuró el hecho que la accionante considera como vulnerador de sus derechos fundamentales hasta la presentación de la acción de tutela ha transcurrido un lapso que descarta el carácter apremiante de la solicitud de amparo. Nótese que las ordenes médicas datan de julio de 2019, esto es, hace más de 2 años.

Del análisis de este hecho, el Despacho encuentra que existió un extenso periodo de inactividad por parte de la actora para reclamar la práctica de los procedimientos médicos, sin que se haya aportado



evidencia alguna que demostrara los motivos por los cuales nunca acudió al recurso de amparo, ni a algún otro mecanismo judicial para la protección de los derechos invocados; es importante señalar además, que a pesar del prolongado transcurso del tiempo desde el momento en que se produjo el hecho vulnerador y la presentación de la acción de tutela, la demandante no presentó razones válidas para su inactividad, pues no identificó circunstancia alguna que le hubiera impedido iniciar el proceso ordinario laboral o presentar la acción de tutela previamente, pues solo adujo que la mora se debió al luto por su familiar fallecida.

Lo anterior, descarta la urgencia de la protección solicitada, pues el tiempo durante el cual se dieron las ordenes médicas pretendidas en la tutela y la interposición de la misma, no permite colegir una situación de apremio que faculte al juez constitucional a analizar el fondo de la controversia planteada. Por el contrario, una situación de urgencia habría provocado un ejercicio previo de esta acción constitucional o de acciones ordinarias dirigidas a conjurar la eventual vulneración del derecho.

En consecuencia, concluye el Despacho, que la presente acción de tutela es improcedente por no satisfacer el requisito de inmediatez.

Ahora bien, aun cuando se pasara por alto esta falencia, las pretensiones dirigidas contra Allianz Seguros de Vida S.A. resultan improcedentes, como quiera que de conformidad con el marco normativo de la presente sentencia al tratarse de un contrato de seguro o póliza de salud, el mismo se encuentra regulado por el Código de Comercio y al ser un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva suscrito con la autonomía y voluntad de las partes y no suponen una prestación de servicio de salud, sino aseguran un riesgo que de concretarse da lugar a un reembolso económico, las controversias entorno al mismo son competencia de naturaleza civil y comercial, que no pueden debatirse al interior de un acción constitucional, máxime cuando en un caso como el presente no se encuentra acreditado el perjuicio irremediable pues de ser así, no se hubiera presentado la acción de tutela pasados dos años desde las ordenes médicas.

Por otro lado y respecto de las pretensiones incoadas en contra de Compensar EPS y si se omitiera el requisito de inmediatez, se tiene que no es objeto de discusión que a la accionante le fueron ordenados por los doctores Ana Mejía Múnica y Giovanni Castro Cuenca los procedimientos "*mastectomía bilateral reductora de riesgo conservadora de piel y complejo areola penon bilateral más colgajo de piel compuesto bilateral más reconstrucción mamaria con prótesis bilateral y matriz dérmica acelular*", "*Histerectomía total por laparoscopia*" y "*salpingooforectomía bilateral por laparoscopia*".

No obstante, se debe hacer claridad que contrario a lo manifestado por la parte accionante, los mismos no trabajan para la Clínica de la Mujer -según el informe rendido por la vinculada-, sino que son doctores adscritos a dicha institución, por lo que ejercen su profesión de manera independiente y en consecuencia, al tratarse de ordenes médicas emitidas por un particular no perteneciente a la red de prestadoras de servicio de Compensar EPS, a efectos de establecer si los criterios son vinculantes para la EPS encartada se hace necesario establecer si se cumplen con los requisitos de la jurisprudencia citada en el marco normativo de la sentencia.

Así las cosas, para que el concepto de un médico no adscrito a la E.P.S. tenga validez se debe acreditar el cumplimiento de las siguientes reglas:

- i) *La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica;*
- ii) *Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio;*



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
 República de Colombia

- iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión;
- iv) La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como "tratante", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

Las anteriores reglas no se cumplen en el presente caso por las siguientes razones:

Frente a la **primera regla**, se tiene que Compensar EPS no tiene conocimiento de las historias clínicas de los médicos particulares, pues si bien la accionante aduce que radicó las mismas ante la EPS lo cierto es que en el escrito de demanda no se aportó prueba de ello e inclusive en los anexos solo se incorporó la historia clínica de la atención de la doctora Mejía Múnera, más no la del médico Castro Cuenca, pues frente a este solo se aportó la orden médica de los procedimientos pretendidos, lo que permite a este Despacho dar credibilidad a lo manifestado por la entidad de salud, cuando refiere que desconoce las historias clínicas de la paciente para el 2019 con ocasión a los servicios prestados a través de la póliza de Allianz.

Respecto de la **segunda regla**, en el plenario no obra prueba de que con anterioridad a las ordenes médicas de julio de 2019 los médicos adscritos a la E.P.S. hubieran realizado una valoración inadecuada de la paciente, por el contrario, la accionante decidió acudir en primer lugar a la póliza de salud y no a su EPS.

Pasando a la **tercera regla**, está acreditado que Compensar EPS en atención a las presuntas patologías de la accionante ha realizado diferentes valoraciones por parte del área de oncología, prueba de ello es que la paciente ha sido atendida por la IPS Hemato Oncólogos, el Hospital Universitario San Ignacio, Viva1A IPS según se desprende de las documentales aportadas por la propia accionante (Folio 74 a 76 y 91 a 110 archivo "01Tutela"). Adicional al hecho que la encartada aportó pantallazo de las ordenes médicas autorizadas a favor de la accionante, las cuales son:

SSE15T00028621NOV04	2111	INQ		52927124	1191	3	39382/4
ASIGNACION DE SERVICIOS DE SALUD				860002964	1	2	PC
Item1	OpcU	A	S	0 x	ANA ELIZABETH FORERO CRUZ	8	1
ITEM 1	Usuario	52469675		1	Pr PC	TR Est 1	19801121 Ed 40 F
Op	F/D/U/E/C/M	52469675		1	V Antig	AF NA	
				IA	0	AcCop	2
ITEM 2	Servicio					Alt P/D	Caus 0
Op	I/C/S/E/D/M						
ITEM 3	Punto Atn			Id	0	0	
Op	I/P/S/N				0	Z	
					Tel	-	
ITEM 4	Fec/Hor	0	0	A/P	Dia 0	Sesio 0	0
Op	C/Z/D/PCr.	0	TSol	C.Ext	0	TelC	3045608566 - 0 Dur
Rem	0	Obs		Dx	Msg	0	IO C.Just 0
F.Cita	Hora	Vlr	Asoc.	Servicio Medico	Id Medico	Est	P.Atenc.
20200113	1911	00000000N	ONCOLOGIAHEMATO	ONCOLO	900328271	8	HEMATO ONC
20200302	2143	00000000N	ONCOLOG	HEMATO ONCOLO	900328271	8	HEMATO ONC
20200330	1620	00003400P	CIRUGIA	MCL.DEL SENO -	830117759	5	CLINISENOS
20210330	0420	00003500P	MEDICINA	CONS ESPECIAL	427496	18	CONESCRA7

Y frente a la **cuarta regla**, está acreditado que la E.P.S. no aceptó el concepto emitido por los galenos Mejía Múnera y Castro Cuenca, por cuanto las ordenes médicas datan de julio de 2019, esto es, de más de 2 años y consideró que antes de determinar las opciones quirúrgicas se debía agotar la práctica de distintas valoraciones vigentes y a través de su red de prestadoras de servicios.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Así las cosas, en el presente caso y en caso de que estuviera acreditado el requisito de inmediatez, de igual manera se tiene que el criterio de los médicos particulares no es vinculante para Compensar E.P.S. por cuanto no se cumplen las reglas determinadas por la jurisprudencia para que su concepto tenga validez.

Por último, le compete al Despacho verificar si en el caso bajo examen se acreditan los requisitos que permiten otorgar el **tratamiento integral**.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales de la paciente, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de tratamiento integral, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución.

En el caso concreto, encuentra el Despacho que la pretensión de tratamiento integral solicitada por la accionante no está llamada a prosperar, pues ni de las pruebas obrantes en el expediente, ni de lo dicho por las partes, se advierte que exista una negación a consultas, procedimientos o medicamentos por Compensar E.P.S., por lo que no es posible conceder el amparo invocado a partir de suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Se desvinculará a la Clínica de la Mujer y al Banco de Bogotá, por falta de legitimación en la causa.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de Ana Elizabeth Forero Cruz contra Compensar EPS y Allianz Seguros de Vida S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR al Banco de Bogotá y a la Clínica de la Mujer conforme a lo expuesto.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación y de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la decisión.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Firmado Por:

Lorena Alexandra Bayona Corredor
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 3
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:

fe70d0f28de89118cadf78e590a5df100b34c4e2077cfa5d786f47c92c700259

Documento generado en 16/11/2021 11:48:34 AM

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