



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá

Bogotá, junio ocho (08) de dos mil veinte (2020).

Fallo tutela. 110014003004-2020-00238-00

1. Hernando Ortiz Ortiz con cédula 19.375.705 presentó acción de tutela contra la E.P.S. Compensar, para que se protejan sus derechos fundamentales.

Señaló que el primero de marzo de dos mil diecinueve (2019), contrató con la accionada *"Plan complementario para adicionar tecnologías al Plan Obligatorio en Salud existente"* y para su afiliación fue sometido a rigurosos exámenes sin establecerse enfermedades dermatológicas.

El siete de junio siguiente, asistió a consulta y en su historia clínica se consignó *"paciente con historia de un año de aparición de lesión pigmentada en mentón"*, sin determinarse diagnóstico le fue retirada para posteriormente ordenarse *"cirugía plástica por oncología"*, procedimiento autorizado por el P.O.S., en la Clínica Palermo y solicitó que el servicio fuera prestado por la Clínica Country en atención a su plan complementario, por lo que recibió una negativa ya que se excluyó la intervención al encontrar preexistencia, hecho que no fue evidenciado al momento de la contratación y adicional que una lesión pigmentada no necesariamente señala un cáncer, ya que este pudo haberse desarrollado luego de la afiliación.

Ahora, siendo una persona de 67 años y su acompañante de 63, vulnerables al COVID 19, solicitó que se amparen sus derechos fundamentales y se ordene el procedimiento en una clínica con mejores niveles de dotación y capacidad de desinfección al virus, además de ser especializada al carcinoma que tiene en el rostro.

2. La tutela fue admitida en auto del 29 de mayo de 2020 con vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRESS.

* Compensar E.P.S., manifestó que el accionante como afiliado al plan de beneficios de salud y plan complementario especial, se le ha prestado oportunamente y totalmente todos los servicios que ha requerido. Frente a la pretensión de tutela, informó que es una preexistencia como se prueba con la historia clínica de dermatología de junio de 2019 y cirugía plástica donde se evidencia el tiempo de evolución de la lesión siendo de dos años, por lo que la cobertura del servicio se autorizó desde marzo de este año en la clínica Palermo por el plan de beneficios de salud.

Lo anterior, dado que los contratos de planes voluntarios se rigen por el principio de la autonomía de la libertad contractual, y así, no está obligada a prestar servicios por fuera de lo previamente pactado y conocido por ambas partes y que en el contrato se estipuló una clausula compromisoria en la cual se dejó claro que las controversias que se deriven del contrato como preexistencias y exclusiones deben ser tramitadas ante la Superintendencia Nacional de Salud.

* La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRESS, en el trámite de la instancia guardó silencio.

3. Consideraciones.

* Iniciando el presente estudio resulta imperativo memorar que en principio, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para debatir controversias derivadas de los contratos de medicina complementaria, como quiera que existen mecanismos aptos para tal fin, es así como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional en repetidas ocasiones debido al carácter subsidiario que tiene este mecanismo.

No obstante, si este mecanismo pierde su carácter de subsidiario y se convierte en el mecanismo idóneo; en los siguientes eventos que el máximo órgano constitucional ha manifestado *"La acción de tutela no es el mecanismo adecuado para debatir controversias derivadas de contratos adicionales de salud, pues al ser de naturaleza contractual, el régimen aplicable es el del derecho privado, específicamente, el del derecho civil y/o comercial. En estos casos, el ordenamiento prevé acciones judiciales específicas para estos*

*asuntos. Pese a lo anterior, dado que el objeto de estos contratos es la prestación del servicio de salud y como consecuencia quien lo presta ejerce un servicio público, la tutela se convierte procedente cuando quiera que la empresa, "haciendo uso de su posición dominante mediante acciones u omisiones, viola o amenaza tales derechos, y se establece que los mecanismos ordinarios de protección son ineficaces o carecen de idoneidad"*¹.

En este orden, respecto del derecho a la salud, vale la pena precisar lo dispuesto en el inciso primero del artículo 49 de nuestra Constitución, "La atención a la Salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud".

Por su parte la Corte Constitucional se ha referido respecto de este derecho, señalando que "(...) La salud es uno de aquellos bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, física o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta. Este derecho, así entendido, busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida (artículo 11 Constitución Política), por lo cual su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público y el legislador, con miras a su protección efectiva. Este tratamiento favorable permite restablecer las condiciones de igualdad a grupos o personas que se encuentran en situaciones desfavorables como resultado de sus circunstancias de debilidad (...) "².

Este derecho comparte la misma característica jurídica de la especie a la cual pertenece, si el derecho a la vida es fundamental, no puede existir discusión alguna en que los derechos que se deriven de ella lo serán necesariamente, en este caso, la salud, en estas circunstancias, se derivan los elementos que la conforman, primero un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale atentar contra su propia vida, y el otro consistiría en ubicarlo como carácter asistencial donde su reconocimiento impone acciones concretas a fin de prestar el servicio público para asegurar el goce de

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-392 del 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² Corte constitucional. Sentencia T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón.

asistencia médica, derechos hospitalarios, farmacéuticos de laboratorio y todos aquellos exámenes que en un momento se requieran.

Así las cosas, toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida. La Constitución Nacional garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuales depende su mínimo vital y su dignidad como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud, depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al Sistema de Salud.

Por otra parte, importa precisar en cuanto a las denominadas preexistencias, la Corte Constitucional ha manifestado que, "(...) 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"³.

Seguidamente la misma corporación ha dejado por sentado respecto de este tipo de contratación que "Los contratos de medicina prepagada deben cumplir con unas condiciones generales. Pese a ser contratos de carácter privado, por la naturaleza del servicio que suministran, existen unas reglas especiales que deben acatarse. Una de ellas es la obligación de la realización de un examen previo a la celebración del contrato. En caso de no hacerse, la empresa prestadora no podrá alegar dicha causal para incumplir su contrato. En todo caso, se establece una preexistencia previa a la celebración del contrato, no es razón para negar la totalidad del servicio. Deberá, prestar el resto sin perjuicio de la enfermedad excluida"⁴

³ Corte constitucional. Sentencia T-184 del 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴ Corte constitucional. Sentencia T-392 del 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

4. Caso concreto.

Con base en la documentación aportada al trámite, se encuentra probado que Hernando Ortiz Ortiz está afiliado a Compensar E.P.S., siendo beneficiario también del Plan Complementario en salud ofrecido por esta entidad. Así mismo, el diagnóstico se encuentra acreditado según documental adjunta, esto es, orden médica del procedimiento y la respectiva autorización para clínica Palermo.

Del punto fundamental que impulsa la acción, radica en la no autorización quirúrgica con cargo al Plan Complementario en virtud de una preexistencia señalada para el accionante, anterior a la fecha de afiliación a dicho programa, en tal sentido, desde ya se advierte que el amparo ha de ser concedido por las razones que a continuación se exponen.

De acuerdo a las reglas jurisprudenciales mencionadas en precedencia, se logra inferir la imposibilidad de invocar una preexistencia para el caso concreto, pues dada la orfandad de elementos probatorios, la E.P.S. Compensar no probó de ninguna manera que haya realizado un examen a partir del cual se hubiese podido establecer la preexistencia invocada, memórese que es una de sus obligaciones *"la realización de un examen previo a la celebración del contrato. En caso de no hacerse, la empresa prestadora no podrá alegar dicha causal para incumplir su contrato (...)".*

Aunado a lo anterior, la cuestionada fundamentó su argumento en el ítem II numeral 11 del Contrato de Prestación de Servicios, *"Se considera preexistencia toda enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar que existía a la fecha de iniciación del contrato o vinculación, sin perjuicio de que se pueda diagnosticar durante la ejecución del contrato sobre bases científicas sólidas (...)"*, por tanto, teniendo en cuenta lo consignado en la historia clínica el 7 de junio de 2019, *"paciente con historia de un año de aparición de lesión pigmentada en mentón"* consideró una preexistencia anterior al primero de marzo de dos mil diecinueve (2019), fecha de afiliación al plan complementario; no obstante, el Despacho advierte que el dictamen de aquella época difiere del actual **"D043:**

Carcinoma in situ de la piel de otras partes y de las no especificadas de la cara", con el infortunio de "C443: *Tumor maligno de la piel en la cara*", evidenciando así insuficiente los argumentos de negación de la pasiva para no atender el servicio médico autorizado por el Plan Complementario.

Por lo anterior, resulta forzoso concluir que en el presente asunto se configuran todos los supuestos jurisprudencialmente establecidos para otorgar el amparo solicitado, por lo tanto, se accederá a las pretensiones de la tutela.

Finalmente se desvinculara del trámite a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRESS, al encontrar que la acción se encamina única y exclusivamente a la vulneración de derechos respecto de la E.P.S. Compensar, más no la entidad vinculada oficiosamente.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá D.C. administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve.

Primero. Conceder el amparo a los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida de Hernando Ortiz Ortiz en contra de la E.P.S. Compensar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Ordenar al representante legal de Compensar E.P.S., o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al enteramiento de esta decisión, proceda si no lo hubiere hecho, a autorizar y practicar el procedimiento de "*Cirugía de colgajo local de piel en área especial*" a Hernando Ortiz Ortiz, en los términos y bajo las indicaciones de su médico tratante y todo el procedimiento deberá ser autorizado, con cobertura al Plan Complementario Especial del cual es beneficiario el accionante, en la red de clínicas especializadas para tratar el carcinoma que tiene en su cara.

Tercero. Desvincular del presente trámite a la Administradora de los Recursos del Sistema General de

Seguridad Social en Salud -ADRES-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Comunicar esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

Quinto. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase.

La Jueza,



María Fernanda Escobar Orozco