

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTA
Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5°, Bloque E.
Complejo Judicial de Paloquemao
Telefax 601- 3753827
Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veintidós (2022).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación interpuesta por el señor **YOSMER ALEXANDER SAAVEDRA RODRIGUEZ**, contra el fallo de tutela proferido el 23 de junio de 2022, por el Juzgado 43 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., en la que figura como accionado **COMPENSAR EPS** y se vinculó oficiosamente a la **SUPERINTEDECENCIA NACIONAL DE SALUD**.

SITUACIÓN FÁCTICA

1°. Refirió el señor **YOSMER ALEXANDER SAAVEDRA RODRIGUEZ**, que en el año 2013, sufrió trauma raquimedular C6 Y C7, que le generó cuadriplejia espástica, diagnostico por el cual **COMPENSAR EPS**, le viene prestando la atención que ha requerido, pero la califica de precaria, al punto que por tutela se ha dispuesto la garantía a la prestación de los servicios médicos que demanda. Resalta que en diversas oportunidades ha solicitado su EPS, la afiliación al *plan complementario especial*, diligenciando el formulario de viabilidad, asunto que por ser una persona con discapacidad física no le fue aceptada, hecho que considera vulnera sus derechos fundamentales.

2°. Esta actuación fue repartida por la Oficina Judicial el pasado 11 de julio de 2022, por el aplicativo web.

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

El **JUZGADO 43 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS DE BOGOTA**, mediante fallo del 23 de junio de 2022, negó el amparo deprecado por Yosmer Alexander Saavedra Rodríguez.

Sostuvo que las personas afiliadas a las EPS, tienen derecho a acceder al Plan de Beneficios en Salud (PBS), entendido éste como el conjunto de servicios y tecnologías en salud, cuya prestación debe ser garantizada por las Entidades Promotoras en Salud (EPS); que la Ley 100 de 1993, habilitó la existencia de planes adicionales de Salud (PAS), los que igualmente son denominados como planes voluntarios (artículo 169) y con fundamento en ello, el Decreto 780 de 2016, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, estableció en su artículo 2.2.4.1., el conjunto de garantías mínimas a las que se tiene derecho, se pueden prestar beneficios adicionales, lo que son financiados por los particulares que los van a usufructuar, es decir, se cubren a partir de recursos propios de quien pretenda afiliarse al plan complementario.

Los planes adicionales son definidos en la misma norma como: “*el conjunto de beneficios adicional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria*”, definición que permite entonces concluir que a esta clase de servicios únicamente podrán acceder aquellas personas que se hallan afiliadas al régimen contributivo, toda vez que deben contar con la capacidad de pago; además que no son financiados por el Estado. También el mencionado Decreto da a conocer las modalidades de los planes voluntarios, como son de atención complementaria, de medicina prepagada y pólizas de salud (art. 2.2.4.3.). Así las cosas, en el entendido que al Estado no le corresponde la satisfacción de la atención en salud complementaria a través de los planes enunciados, es evidente entonces, que la relación que se presenta entre usuario y las entidades que ofrecen el servicio es de tipo contractual, por ende, le son aplicables las normas que se rigen en los códigos civil y de comercio.

Así las cosas, de los elementos probatorios allegados a la actuación, se tiene que el señor Yosmer Alexander Saavedra Rodríguez, está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo a través de Compensar EPS, entidad prestadora de salud que brinda actualmente los servicios médicos que requiere el paciente para el manejo de su patología (trauma raquimedular C6 Y C7 con cuadriplejía espástica), los cuales a la fecha no se evidencia de la demanda de tutela ni del escrito defensivo de la EPS, que haya algún servicio pendiente por suministrar, lo que de contera permite concluir que no se evidencia vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social y salud del paciente, pues como ya se dijo,

al afiliado se le están prestando los servicios que requiere dentro del Plan de Beneficios en Salud.

Recalcó que los planes Complementarios de Salud, tienen como principal función suministrar al afiliado una prestación en salud más benéfica al ofrecer una mayor cobertura, comodidad y calidad frente al Plan de Beneficios en Salud, y como ya se advirtió, *su contratación se rige a través del derecho privado al derivarse de la autonomía de voluntad entre las partes*. En este orden de ideas, si la relación que se presenta en lo que se refiere a los planes complementarios en salud, es de tipo inminentemente contractual y voluntario, es evidente entonces, que le asiste la razón a Compensar EPS, cuando dio a conocer que no se le puede obligar a suscribir un contrato, máxime cuando se tratan de servicios anexos que no son de carácter obligatorio y completamente ajenos al Plan de Beneficios en Salud. Se insiste, el mencionado contrato se rige por el derecho privado, siendo jurídicamente de adhesión, en el cual prima la autonomía de la voluntad entre las partes, motivo por el cual, la EPS puede reservarse el derecho de iniciar el contrato, sin que con ello pueda concluirse que se trata de un hecho discriminatorio, se reitera, siendo voluntad de las partes, no resulta razonable que se obligue a una de ellas a través de una acción de tutela, pasando por encima de su voluntad, a suscribir un contrato.

De lo anterior se concluye que, no existe vulneración de derecho fundamental alguno de Yosmer Alexander Saavedra Rodríguez, por ende, se negará la acción de tutela.

DE LA IMPUGNACIÓN

El accionante, en disenso con la decisión antes reseñada, presenta impugnación.

Alegó que la decisión de primera instancia carece de las condiciones necesarias de una sentencia congruente, teniendo en cuenta que: No se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la Acción de Tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de su petición en razón que el a quo en la valoración no tuvo en cuenta que es una persona con discapacidad física y sujeto de especial protección constitucional y además de ello, acreedor del enfoque diferencial y discriminación afirmativa o positiva establecido en las convenciones internacionales suscritas por el Estado Colombiano a favor de las personas con discapacidad.

Señaló que el problema jurídico planteado es la negativa de la afiliación al plan complementario especial por parte de Compensar EPS por ser una persona con discapacidad, y en la sentencia se tratan temas muy diferentes como que la EPS estaba cumpliendo con la prestación de los servicios pertenecientes al PBS sin que exista ninguna vulneración a mis derechos fundamentales.

En la demanda se narró, que es clara la discriminación por parte de Compensar EPS por el hecho de ser una persona con discapacidad física, impidiéndome acceder a una mejor atención

en salud, puesto que en tres ocasiones realizó la solicitud para la afiliación del plan complementario especial y siempre fue rechazado; con ello se está generando discriminación hacia su persona y rompiendo totalmente el principio de igualdad que impera el ordenamiento jurídico, ya que quiere acceder a una mejor atención médica y en los casos en los que está hospitalizado poder acceder a una atención prioritaria y a una habitación individual, como también a la mejor atención médica por parte de los especialistas, puesto que por su condición médica de discapacidad a la hora de recibir atención médica se nota la discriminación, no hay el enfoque diferencial, y se denigra la dignidad humana, puesto que debe cambiarse y asearse delante de las demás personas mostrando su desnudez, asunto vergonzoso y atenta contra sus garantías y derechos fundamentales, aunado a que no le está pidiendo regalada a Compensar EPS la afiliación y el pago de la mensualidad del plan complementario, sino que con el mismo, pretende acceder a diferentes especialidades de manera directa, tener atención médica domiciliaria cada vez que presente algún problema de salud y además de ello, a ser atendido en las mejores clínicas de la ciudad, como también a tener una habitación individual cada vez que sea hospitalizado, con ánimo de tener tranquilidad y proteger su intimidad como persona titular de derechos y garantías fundamentales, ya que, como persona con discapacidad física es sujeto de especial protección constitucional; sin embargo en su caso, es latente el grado de discriminación, infringiendo totalmente el derecho a la igualdad que es base fundamental de un Estado social y democrático de derecho.

Dijo también que la Ley 1618 de 2013, normatividad estatutaria que establece el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad en Colombia prevé en su artículo 1, *“El objeto de la presente leyes garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009”* destacando, en el artículo 10 de la misma ley la obligación a las entidades de salud cómo Compensar EPS de eliminar cualquier obstáculo administrativo que impida el acceso libre a la buena atención médica de la población con discapacidad, no obstante se continúan vulnerando los derechos fundamentales al acceso a la salud, pues pese a varias solicitudes para la afiliación al plan complementario, Compensar EPS en todas las ocasiones ha puesto trabas administrativas, partiendo de las costumbres impuestas a sus usuarios por el simple hecho de ser una persona con discapacidad física.

Culminó su exposición solicitando REVOCAR la sentencia de primera instancia para en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la Vida, Salud, Integridad Personal, Seguridad social, Libre Desarrollo de la Personalidad, Dignidad Humana e Igualdad y se ORDENE a COMPENSAR EPS aceptar la afiliación al *Plan Complementario especial* sin ninguna traba administrativa, ni discriminación.

CONSIDERACIONES

➤ Problema jurídico

Determinar si COMENSAR EPS vulnera entre otros derechos fundamentales, el de igualdad y no discriminación de Yosmer Alexander Saavedra Rodríguez, quien tiene un diagnóstico de *cuadriplejia espástica*, al no aceptar la afiliación de éste al plan complementario de atención en salud.

➤ **La especial protección constitucional de las personas con discapacidad**

Una de las características esenciales del Estado Social de Derecho es su preocupación por la eficacia del derecho a la igualdad real y efectiva de todos sus habitantes. Para esta forma de Estado no es irrelevante que una persona se encuentre dentro de grupos tradicionalmente discriminados o marginados o dentro de colectivos desaventajados que no están en la posibilidad de realizar, en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad, sus derechos fundamentales. *“En el Estado social las personas que pertenecen a minorías tradicionalmente discriminadas o marginadas o a sectores que están en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a que el Estado remueva los obstáculos jurídicos que les impiden acceder en condiciones de igualdad al goce efectivo de sus derechos; promueva prácticas de inclusión social; y adopte medidas de diferenciación positiva para intentar, dentro de lo posible, la realización del principio de igualdad material”*¹.

Uno de los colectivos que conforman lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado minorías está integrado por las personas que tienen una discapacidad o desventaja grave o profunda física, mental o sensorial, quienes merecen la especial atención del Estado².

Los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política imponen a las autoridades públicas la prohibición de cualquier diferenciación fundada en razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; promover acciones afirmativas en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, en aras de garantizar de manera real y efectiva sus derechos.

➤ **El derecho a la igualdad en la Constitución y la regla de prohibición de trato discriminado**

El derecho a la igualdad ofrece dos dimensiones normativas, la interna, dispuesta en la Constitución Política y la internacional, que involucra los tratados en los que Colombia es Estado parte, las declaraciones de principios respecto de los cuales Colombia es Estado

¹ Sentencia T-288 de 1995: *“El derecho a la igualdad de oportunidades trasciende la concepción formal de la igualdad ante la ley. Tiene en cuenta las diferencias naturales o sociales como factores relevantes para determinar el trato a que tienen derecho determinadas personas o grupos”*.

² Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-128 de 2002; T-551 de 2011; T-063 de 2012; T-036 de 2013; T-709 de 2014 y T-306 de 2016, todas referidas al deber de especial protección constitucional a las personas con desventajas sensoriales o físicas.

suscriptor, y además los tratados, convenciones y principios alrededor de los cuales el sistema internacional de protección viene construyendo obligaciones concretas de respeto y garantía.

En el plano interno el derecho a la igualdad fue establecido en el artículo 13 de la Constitución bajo, una fórmula que ha sido sectorizada de diversas maneras. El enunciado específico dispone: *“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

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.”

Respecto de la estructura básica de ese enunciado, se ha dicho que el inciso primero establece el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminado; que en el inciso segundo se dispone el mandato de promoción de la igualdad material, mediante la implementación de medidas de discriminación afirmativa; y que el inciso tercero establece medidas asistenciales, por medio del mandato de protección a personas puestas en circunstancias de debilidad manifiesta en virtud de la pobreza o su condición de discapacidad. En el plano estrictamente normativo, el enunciado sobre igualdad consta cuando menos de cuatro elementos:

1)El principio general de igualdad

Está formulado al comienzo del enunciado al disponer que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”*. La expresión *“todas las personas”* refiere un destinatario universal, que incluye nacionales, extranjeros, personas naturales y personas jurídicas. Se trata aquí de la igualdad formal, de la igualdad de todos ante la ley, que involucra la supresión de privilegios. Fue esta la primera formulación moderna del derecho a la igualdad, que es puramente formal y que omite las referencias al momento material, las desigualdades de la vida real, de la vida cotidiana de las personas.

2)La regla de prohibición de trato discriminado

El inciso primero del artículo 13 señala también, que todas las personas *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*. Este es un elemento sustantivo del derecho a la igualdad, ya que no se trata de *“ser igual a otro”*, sino de *“ser tratado con*

igualdad”, imponiendo así el mandato de prohibición de trato discriminado, que es el eje del derecho a la igual interpretación e igual aplicación de la ley.

La norma prohíbe el trato discriminado, es decir, la introducción de diferencias de trato que conlleven la violación de derechos fundamentales, enumerando los criterios prohibidos o “*categorías sospechosas*” que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son un conjunto de criterios no taxativos³, que han sido usados históricamente para afectar el derecho a la igualdad y otros derechos⁴. En este sentido no pueden ser otorgados privilegios, ni pueden ser fijadas exclusiones o limitaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

La importancia de la regla de prohibición de trato discriminado ha sido expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, quien ha reiterado que “*El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias*”⁵. (Resaltado fuera de texto)

3)El mandato de promoción y la obligación de adoptar medidas en favor de grupos marginados o discriminados

El inciso segundo del artículo 13 de la Constitución establece un deber de promoción y un mandato de adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El deber de promoción señala que “*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea efectiva*” y se relaciona con la obligación que tiene el Estado de construir políticas públicas y programas que permitan disminuir las desigualdades reales existentes. La inclusión del deber de promoción implica la dimensión prestacional de los derechos en Colombia, en el sentido que la nueva Carta Política introdujo las obligaciones positivas, que compelen al Estado a “*hacer cosas*” para hacer efectiva la igualdad, como puede ser, destinar recursos, establecer instituciones o fijar políticas públicas encaminadas a la realización de ese derecho.

Manda también el inciso segundo, el cumplimiento de obligaciones de hacer a cargo del Estado, al disponer que este “*adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*”, lo que se refiere específicamente a la adopción de medidas de discriminación afirmativa. Los grupos discriminados son aquellos que históricamente han soportado la violación de la igualdad y de otros derechos de los que son titulares, como ha ocurrido con los

³ Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-314 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre muchas

⁴ Sobre el punto la jurisprudencia es abundante y uniforme. Como simples referencias pueden ser citadas las sentencias T-230 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-314 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-214 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos

⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Septiembre 17 de 2003. Serie A No. 18, párrafo 88

indígenas, los afrocolombianos, las mujeres, los miembros de la comunidad LGTBI y las personas migrantes de países pobres. Los grupos marginados, de acuerdo con la Corte, están conformados por personas de diversa condición, entre los que se cuentan⁶: la personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta; las personas que se encuentran en situación de desventaja; las personas en condición de discapacidad, quienes han sido objeto de estigmatización, discriminación y marginación; la población en circunstancia de extrema pobreza; y el grupo de las personas que no están en condiciones de participar de los debates públicos.

4) El mandato de protección a personas en circunstancias de debilidad manifiesta

El inciso final del artículo 13 dispone que *“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”*. Se trata de una segunda modalidad de acción afirmativa, pero de contenido asistencial. Los destinatarios aquí son personas individuales o grupos de personas que comparten alguna característica, como puede serlo la de ser mayores adultos, menores de edad, estar en condición de discapacidad física o mental, ser víctimas del conflicto o estar en condición de desplazamiento o en situación de pobreza. Esta Corte dijo en alguna oportunidad, que este enunciado consiste propiamente, en una *“cláusula general de erradicación de injusticias”*⁷ a cargo del Estado.

➤ Enfoque diferencial

El enfoque diferencial como desarrollo del principio de igualdad, en tanto trata diferencialmente a sujetos desiguales, busca proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, de manera que se logre una verdadera igualdad real y efectiva, con los principios de equidad, participación social e inclusión.

De acuerdo con la Sentencia C – 253 A de 2.012, es la adopción de una serie de medidas encaminadas a enfrentar la situación de vulnerabilidad acentuada de algunas víctimas en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. La Ley ofrece especiales garantías y medidas de protección, asistencia y reparación a los miembros de grupos expuestos a mayor riesgo de violaciones de sus derechos fundamentales: mujeres, jóvenes, niños y niñas, personas mayores, personas en situación de discapacidad, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de derechos humanos y víctimas de desplazamiento forzado, y de esta manera contribuye a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes.

➤ El enfoque diferencial por discapacidad

⁶ Sentencia T-387 de 2012 M.P. Jorge Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 3.4.1.2

⁷ Sentencia T-595 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Es entendida como el resultado de la interacción entre alguna diversidad funcional que pueda tener una persona y las barreras que la sociedad en la que vive le genera y le excluye del ejercicio efectivo de sus derechos. La Convención Sobre los Derechos de las personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas señala: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”* Es por ello que en la atención de las personas con discapacidad se debe tener en cuenta el uso de lenguaje inclusivo.

Para hacer uso del enfoque diferencial por discapacidad, no sólo se deben tener en cuenta los aspectos mencionados, también se debe tener respeto por la voluntad y preferencias, la sensibilización al equipo de trabajo y la priorización en la atención.

➤ **Plan complementario o plan adicional de salud**

Sea lo primero manifestar que los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden contratar planes adicionales de salud, como el de medicina prepagada, en virtud de lo dispuesto en numeral 169.2 del artículo 37 de la Ley 1438 de 2011. De antaño se ha considerado que su finalidad es ofrecer al afiliado *“un plan adicional de atención en salud, el cual, si bien hace parte del sistema integrado de seguridad social en salud, es opcional y se rige por un esquema de contratación particular”*, por ello todo litigio que surja en torno a dicha temática deberá ser adelantado de conformidad con las normas civiles y comerciales vigentes.

Dentro de los planes adicionales de salud el legislador contempló el contrato de planes complementarios como especie de los de medicina prepagada calificado por la Corte Constitucional, como una modalidad de aquel (sentencia T-533/96), de manera que las reflexiones que se han expuesto en distintos fallos, resultan aplicables a las dos clases de planes, tengan o no diferencias específicas. Así las cosas, se ha sostenido que: *“el Plan Complementario en Salud constituye una modalidad alternativa de atención en salud, que se hace efectivo a través de la suscripción voluntaria de un contrato particular entre el usuario y la entidad prestadora del servicio, en el que el primero se obliga a la cancelación de un monto periódico o precio y, el segundo, en contraprestación, a la atención médica incluida en un plan de salud preestablecido y consignado en el contrato”*

Es así como el marco legal de los contratos de medicina prepagada lo desarrolla el Decreto 1222 de 1994 que en su artículo 1º frente a las preexistencias señala: *“se considera preexistencia, toda enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar 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. La demostración de la existencia de factores de riesgo, como hábitos especiales o condiciones físicas o genéticas, no podrán ser fundamento único para el diagnóstico a través del cual se pueda clasificar una preexistencia”*.

En la sentencia SU-039 de 1998 la Sala Plena de la Corte Constitucional, sostuvo que las partes que celebran un contrato que contiene un plan adicional de salud: *“deben gozar de plena certidumbre acerca del alcance de la protección derivada del contrato y, por tanto de los servicios médico asistenciales y quirúrgicos a los que se obliga la entidad de medicina prepagada y que, en consecuencia, pueden ser demandados y exigidos por los usuarios”,* y para alcanzar ese fin: *“desde el momento mismo de la celebración del contrato, quienes lo suscriben deben dejar expresa constancia, en su mismo texto o en anexos incorporados a él, sobre las enfermedades, padecimientos, dolencias o quebrantos de salud que ya sufren los beneficiarios del servicio y que, por ser preexistentes, no se encuentran amparados”*. Es por esta razón que las instituciones que ofrecen planes adicionales de salud deben *practicar los exámenes médicos tendientes a determinar la condición física real del futuro afiliado,* asegurando el derecho para el tomador de oponerse a los resultados a los que se llegue en la práctica del examen, cuando existan razones para ello, y de pedir que se practique uno nuevo, o se modifique el dictamen inicial, de acuerdo con el concepto de los médicos que intervengan en la revisión cuidadosa de la historia clínica. Una vez se establezca el estado de salud, *en el contrato deberán quedar consignados de forma expresa, taxativa, y sin generalizar, los padecimientos o afecciones excluidos,* y aquellos que no se enlisten, quedaran amparados por el contrato. Y es así por cuanto el establecimiento de la condición de salud de los posibles afiliados y sus beneficiarios, corresponde a la entidad de medicina prepagada dado que: *“ejerce una actividad que se presume conoce y que es, de suyo, riesgosa”* y *“goza de personal científico a su servicio y de elementos técnicos orientados justamente a establecer con mayor certidumbre la situación clínica de quienes se acogen a su protección”*.

Las entidades que ofrecen este servicio lo definen como *“aquel que incluye coberturas asistenciales complementarias a las del Plan de Beneficios en Salud - PBS (anteriormente POS) garantizando más comodidad, un amplio portafolio de opciones y mayor oportunidad”* Es gracias a la ley 100 de 1993, que las **EPS** pueden ofrecer a sus afiliados estos seguros complementarios de salud, con el fin de brindarles acceso a **servicios, tecnología, un mayor número de alternativas y comodidades a las otorgadas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud**. Al ser un beneficio adicional, si una persona desea solicitarlo, deberá encargarse completamente del financiamiento de este. Dicho esto, existen variadas opciones para diferentes necesidades y posibilidades económicas y como cualquier servicio se deben cumplir con ciertos requisitos para poder acceder a todos los **beneficios de un Plan Complementario de Salud**, y se debe tener en cuenta lo que estos planes no incluyen.

De la complementariedad del Plan Obligatorio de Salud, ha señalado La Corte Constitucional que *“se trata de dos relaciones jurídicas distintas, una derivada de las normas imperativas propias de la seguridad social y otra proveniente de la libre voluntad del afiliado, quien, con miras a mejorar la calidad de los servicios que recibe de la EPS, resuelve incurrir en una mayor erogación, a su costa y por encima del valor de las cuotas a las que legalmente está obligado, para contratar la medicina pre - pagada a manera de plan de salud complementario del básico”* (T-1522549, T-1522607, T-1526319, T-1524333, 2007).

Los Planes Complementarios de Salud hacen parte del sistema de seguridad social en salud, y tienen como objetivo fundamental suministrar al usuario, que tiene la capacidad económica para acceder voluntariamente a ellos una prestación en salud más benéfica pues ofrecen una mayor cobertura y/o calidad frente al Plan Obligatorio de Salud. Estos contratos surgen dentro de un esquema de contratación particular y su financiación se hace a través de recursos distintos de las cotizaciones obligatorias de la seguridad social. **Los contratos surgidos de los planes complementarios de salud se rigen por las normas del derecho privado**, por derivarse estos de la voluntad privada de las partes contratantes, y tienen por objeto prestar servicios complementarios al Plan Obligatorio de Salud celebrados entre una entidad y los usuarios deben estar regidos por el principio de buena fe, más aún, **tratándose de contratos de adhesión** en los que una de las partes no tiene la posibilidad de entrar a discutir el clausulado de éste, y una vez firmado el acuerdo de voluntades, la entidad no puede oponerse a prestar determinados servicios si éstos no se encuentran excluidos de manera expresa del contrato.

➤ **DEL CASO CONCRETO:**

La sentencia será revocada, por los siguientes motivos:

1º De la narración de los hechos de la demanda, se tiene que el accionante está siendo discriminado por COMPENSAR EPS por su discapacidad, ya que por teléfono intentó afiliarse al PLAN COMPLEMENTARIO y le dijeron que no por su condición de salud, y cuando fue personalmente a afiliarse le dieron un formulario, pero finalmente le negaron la afiliación sin decirle los motivos:

Al respecto, el accionante relató lo siguiente:

“Por las anteriores razones, solicite a Compensar EPS el 11 de abril del corriente a través de llamada telefónica la afiliación al plan complementario especial de la misma EPS, donde me expresaron que dicha solicitud debería pasar por el área de viabilidad para continuar con la afiliación y que en cuyo caso me darían respuesta en 3 días hábiles

“6. El 29 de abril del año en curso, me comuniqué a través de llamada telefónica a Compensar EPS para solicitar información de la afiliación al plan complementario especial, ya que no tuve ninguna respuesta, en donde me expresaron que Compensar EPS no aceptaba la afiliación al plan complementario especial por ser una persona con discapacidad física, razón en la que nuevamente hice una nueva solicitud a la afiliación de dicho plan, de igual manera mediante llamada telefónica el mismo día.

“7. El 6 de mayo me comuniqué nuevamente con Compensar EPS solicitando información de la afiliación al plan complementario que se describe en el numeral anterior, **pero de igual manera me expresaron que el área de viabilidad había rechazado la afiliación nuevamente, en razón a que el solicitante era una persona con discapacidad física,** por lo que solicite la respuesta por escrito, pero expresaron que dichas respuestas no podían ser entregadas y, que en cuyo caso me acercara a un centro de atención de manera presencial para solicitar nuevamente la afiliación

“8. El 25 de mayo del año en curso, me acerqué a un punto de atención de Compensar EPS con el propósito de solicitar la afiliación al plan complementario especial, en donde el asesor hizo la solicitud y me entregó copia del formulario de viabilidad y que de igual manera, a los 3 días hábiles se comunicaría conmigo para darme respuesta de la aceptación

“9. El 9 de junio me acerqué a un punto de atención de Compensar EPS para solicitar información de la afiliación, en razón a que no me dieron respuesta de la misma, **en donde el asesor me expresó que el área de viabilidad no había aceptado la afiliación por razones desconocidas**

2°. La EPS COMPENSAR al contestar la demanda de tutela, alegó lo siguiente:

“... En síntesis de todo lo dicho Señor Juez, COMPENSAR EPS, haciendo uso de la autonomía privada de la voluntad que rige para el Contrato de prestación de servicios de Plan complementario de salud, ha optado por no suscribir dicho contrato con el señor YOSMER ALEXANDER SAAVEDRA RODRIGUEZ.

“Lo anterior desde ningún punto de vista puede considerarse como violatorio de los derechos fundamentales de los accionantes, pues como ha quedado dicho, esta EPS está garantizando el tratamiento adecuado que requieren para el manejo de sus patologías a través del Plan de Beneficios en Salud, sin que a la fecha se encuentre pendiente ningún servicio a su favor.

“Constreñir a esta EPS a que suscriba un contrato con el señor YOSMER ALEXANDER SAAVEDRA RODRIGUEZ, constituiría un verdadero atentado contra los derechos fundamentales e implicaría un abierto retroceso frente a la garantía de la autonomía privada de la voluntad que debe operar en materia contractual

3°. La Salud hace parte de la Seguridad Social la cual es considerada como un servicio público, al tenor de lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, el cual establece lo siguiente:

“**ARTICULO 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura

de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

“La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

4°. De manera que, por ser la salud un servicio público, que presta el Estado con la participación de los particulares, su prestación no puede ir en contravía de los principios constitucionales que prohíben el trato discriminatorio.

Por ello el Juzgado considera que le asiste la razón al señor SAAVEDRA RODRIGUEZ, al considerar vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, salud, vida digna, seguridad social, entre otros, con ocasión de la negativa de COMPENSAR EPS de aceptar su afiliación al PLAN COMPLEMENTARIO EN SALUD, ya que es evidente que la negación de la EPS COMPENSAR de suscribir el CONTRATO DE SERVICIOS DEL PLAN COMPLEMENTARIO DE SALUD, es por la condición de discapacidad del accionante, lo cual va en contra de preceptos constitucionales concretamente lo establecido en el artículo 13 de la CONSTITUCION NACIONAL, que dispone lo siguiente:

“ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“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” - subrayado fuera de texto -.

Téngase en cuenta que el PLAN COMPLEMENTARIO DE SALUD es un plan complementario del PLAN DE BENEFICIO DE SALUD que presta COMPENSAR por su condición de EPS, ante lo cual no es posible que pueda realizar trato discriminatorio a un afiliado de la EPS, que pretende de manera legítima recibir un mejor servicio de salud, como lo pretende cualquier otra persona que decida pagar el PLAN COMPLEMENTARIO, por ello no puede el Estado, en este caso los Jueces permitir la violación flagrante de la Constitución y la Ley ya citadas que protegen a las personas con discapacidad, pues el trato discriminatorio de la EPS COMPENSAR vulnera

de manera flagrante vulnera LA DIGNIDAD HUMANA, actual con el cual la EPS COMPENSAR desconoce que COLOMBIA es un estado social de derecho, y que por ende, es UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL ESTADO, garantizar a las personas la efectividad de sus derechos fundamentales, pues al respecto, el artículo primero de la Constitución Nacional, establece lo siguiente:

“ARTICULO 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general...”

En consecuencia, se tutelarán los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación por la condición de discapacidad y a la dignidad humana del accionante, y se ordenará a la EPS COMPENSAR que en el término máximo de diez (10) días hábiles, proceda a suscribir con el señor YOSMER ALEXANDER SAAVEDRA RODRIGUEZ contrato CONTRATO DE SERVICIOS DEL PLAN COMPLEMENTARIO DE SALUD, so pena de la sanción de arresto y multa por desacato y de la respectiva investigación por el delito de fraude procesal.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito Ley 600/2000, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 23 de junio de 2022, por el **JUZGADO 43 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTIAS DE BOGOTÁ D.C.**, por medio de la cual negó el amparo constitucional al señor **YOSMER ALEXANDER SAAVEDRA RODRIGUEZ**, solicitado en contra de **COMPENSAR EPS**.

SEGUNDO. – TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación por la condición de discapacidad y a la dignidad humana, vulnerados por la EPS COMPENSAR.

TERCERO. - ORDENAR al representante legal de la **EPS COMPENSAR** que en el término máximo de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia, **proceda a suscribir con el señor YOSMER ALEXANDER SAAVEDRA RODRIGUEZ CONTRATO DE SERVICIOS DEL PLAN COMPLEMENTARIO DE SALUD**, so pena de la sanción de arresto y multa por desacato y de la respectiva investigación por el delito de fraude procesal.

CARTO: ORDENAR REMITIR esta decisión al **JUZGADO 4325 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTIAS DE BOGOTÁ D.C.**, al correo

j43pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co que actúa como juzgado de primera instancia, para su conocimiento y para que lo haga cumplir.

QUINTO. - ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla por email a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, vía correo electrónico.

La sentencia se debe notificar a los siguientes emails:

ACCIONANTE: josmersaavedra94@gmail.com

ACCIONADA: compensarepsjuridica@compensarsalud.com

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ

JUZGADO 49 PENAL DEL CIRCUITO LEY 600