



JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.
Bogotá D.C., siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

I-. OBJETO POR DECIDIR

La impugnación interpuesta por el accionante **ALVARO AVILA HERRERA** contra el fallo proferido por el **Juzgado Quinto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá**, dentro de la acción de tutela promovida por el impugnante contra **MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal.

II-. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1.- De la tutela

El accionante fundamenta la tutela en los hechos que sucintamente son:

- Se encuentra afiliado a MEDPLUS medicina prepagada en virtud de contrato 42120704.
- El 19 de julio de 2022 asistió a consulta con otorrinolaringólogo, Dr. Gilberto Eduardo Marrugo Pardo, debido a dificultades para respirar, en esta consulta los resultados fueron: *“OBSTRUCCION NASAL SIN SINTOMAS ALÉRGICOS, SEVERA OBSTRUCCIÓN NASAL LADO IZQUIERDO, COMPROMISO OBSTRUCTIVO DEL AREA DOS, SS AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR NASOSINUSCOPIA,DIAGNOSTICO: DESVIACIÓN SEPTAL IZQUIERDA NARIZ TRAUMATICA.”*
- Le fue ordenado el examen médico NASOSINUSCOPIA, el cual fue practicado el 25 de julio de 2022, del cual el médico manifestó trauma que presume hace más de 15 años, sin embargo no hay ningún examen que pueda determinar con exactitud en qué momento se generó la desviación; además, el médico indicó: *“DESVIACIÓN SEPTAL OBSTRUCCIÓN, CADA VEZ MÁS SINTOMATICO TRAUMA 15 AÑOS, DESVIACIÓN IZQUIERDA OBSTRUCTIVA COMPLEJA MÁS HIPERTROFIA DEL LADO CONTRALATERAL DE CORNETE INFERIOR, SS AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR SEPTOPLASTIA MAS TURBINOPLASTIA CLINICA MARLY AMBULATORIA ”*
- El médico ordenó la cirugía SEPTOPLASTIA MAS TURBINOPLASTIA CLINICA MARLY AMBULATORIA que no tiene ninguna repercusión estética, sino que está enfocada únicamente en eliminar la obstrucción nasal que como indica el médico en el informe de controles, entre más pasa el tiempo es más obstructivo para permitir la respiración y evitar futuras consecuencia nocivas para la salud del actor.
- MEDPLUS autorizó el procedimiento TURBINOPLASTIA y negó la operación SEPTOPLASTIA, siendo fundamental ambos y no solo uno, argumentando limitación contractual.



-. El actor indicó que requiere de manera urgente ambas cirugías, como puede observarse en el examen POLISOMNOGRAFIA BASAL Realizado el día 21 de julio de 2022 por Maple Respiratory Colombia el cual diagnosticó: Registro polisomnográfico que evidencia la presencia de apneas e hipopneas en su mayoría de origen obstructivo asociados a desaturación (89%) y ronquido (14.2 %), la cual tiene que ver directamente con la obstrucción respiratoria que puede llevar a la muerte al accionante.

-. Por lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados, y, en consecuencia, se ordene a MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA que autorice la cirugía SEPTOPLASTIA MAS TURBINOPLASTIA CINICA MARLY AMBULATORIA y así garantizarle los derechos a la salud y a una vida digna.

2-. Respuestas de las accionadas y vinculadas.

2.1. Medplus Medicina Prepagada

En respuesta dada a través de la Dra. Diana Lucía Mesa Méndez en calidad de Apoderada de la accionada, informó lo siguiente frente a los hechos de la tutela:

1. El señor ALVARO AVILA HERRERA, se encuentra afiliado a MedPlus Medicina Prepagada en calidad de titular y beneficiario del Contrato N° 421207 Plan Celeste Plus, desde el día 29 de noviembre de 2019.
2. El señor ALVARO AVILA HERRERA cuenta con afiliación activa y vigente a la EPS SANITAS.
3. En concordancia con lo estipulado en el Acuerdo de voluntades (plan Celeste Plus) se procedió a emitir aprobación para el procedimiento (TURBINOPLASTIA VIA TRANSNASAL), tal como se señala a continuación, así como la respectiva negación (SEPTOPLASTIA PRIMARIA TRANSNASAL), al ser considerado como secundaria a evento no declarado (preexistente).

Estado	Condición	NombrePlan	Nombre	Nombre	NAP	Hora_In	Fecha_In
Autorizada	Utilizada	CELESTE PLUS	CIRUGIA	TURBINOPLASTIA VIA TRANSNASAL - SIN CIRUJANO	11118-29844410	15:07	07/28/2022
Rechazada		CELESTE PLUS	CIRUGIA	SEPTOPLASTIA PRIMARIA TRANSNASAL	-29843613	15:15	07/28/2022
Autorizada	Utilizada	CELESTE PLUS	CIRUGIA	TURBINOPLASTIA VIA TRANSNASAL ENDOSCOPICA - CIRUJANO	77320-29844393	15:40	07/28/2022

Recordemos lo que señala la literatura al respecto:

SEPTORRINOPLASTIA: es la técnica quirúrgica, cuya finalidad es la corrección conjunta de la forma y de la función de la nariz. Asocia, por ello, una reparación de la forma externa de la pirámide nasal con la remodelación del interior de la fosa nasal, en un mismo acto quirúrgico.

TURBINOPLASTIA: es una cirugía que tienen como objetivo remodelar los cornetes (generalmente inferiores) para dar como resultado un cambio funcional en la respiración del paciente. El cambio más notorio es la mejoría en la respiración a través de la nariz.

Nos basamos para lo expuesto anteriormente, en lo estipulado en el clausulado que reza de la siguiente manera:



CAPÍTULO VI. - LIMITACIONES CONTRACTUALES. CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA.

- EXCLUSIONES:

32. *Enfermedades pre-existentes a la incorporación contractual de los usuarios. EL CONTRATANTE está obligado a manifestar si los usuarios en cuyo favor estipula, han padecido lesiones o enfermedades recidivantes y/o crónicas que requieran estudios, investigaciones o tratamientos clínicos, quirúrgicos o de rehabilitación basado en medicamentos u otros agentes externos. MEDPLUS MP, se reserva el derecho de negar la admisión del grupo familiar, del usuario o de la persona con la pre-existencia, o de admitirla con la consiguiente cláusula de exención de servicios para dichas enfermedades o lesiones y todas las enfermedades y complicaciones que puedan derivarse de las mismas.*

A lo anterior, se adiciona:

CAPÍTULO V.- SERVICIOS Y COBERTURAS. - CLÁUSULA VIGÉSIMA. - COBERTURAS Y CONDICIONES DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS. 35. CIRUGÍA AMBULATORIA:

Se cubrirán cirugías ambulatorias observando periodos de carencia, de la siguiente manera:

*a. A partir del primer día del mes uno (1) se cubren los procedimientos quirúrgicos que no requieran laparoscopia ni láser para su ejecución o que estén sujetos a otro período de carencia tales como: Apendicectomía, así como todos aquellos procedimientos derivados de trauma **incluyendo septoplastia traumática y meniscectomías, siempre y cuando sean una urgencia reportada ante una de las entidades adscritas, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a ocurrido el evento y cuya atención haya sido autorizada por MEDPLUS MP.***

Cabe mencionar que al validar la declaración de salud 500128 se evidencia la ausencia de anotación (ítem/pregunta 4) del evento señalado en la historia clínica (TRAUMA HACE 15 AÑOS):

Desviación septal obstrucción
Cada vez mas sintomatico
Trauma hace 15 años
Desviación izquierda obstructiva compleja más hipertrofia del lado contralateral de cornete inferior



DECLARACIÓN DE SALUD No. de solicitud de afiliación 500128^v

Si esta diligenciando una afiliación para AMD PLUS ó AMD EXPRESS por favor sólo diligencie los puntos(1.3.6.7.8.9.12.14)

MedPlus
MEDICINA
PREPAGADA

1. En cada una de las siguientes preguntas marque S si es afirmativo o N si es negativo.

	1	2	3	4	5
PSICOSIS, DEMENCIA, ESQUIZOFRENIA, DEPRESIÓN SEVERA, MENINGITIS BACTERIANA, ALZHEIMER	2				
PARÁLISIS CEREBRAL, SÍNDROME CONVULSIVO, EPILEPSIA, RETARDO MENTAL, SÍNDROME DE DOWN, AUTISMO	2				
MIASTENIA GRAVIS, ESCLEROSIS MÚLTIPLE, PARKINSON, ACCIDENTE CEREBROVASCULAR, HÉRNA DISCAL	2				
GLAUCOMA, AFECIONES DE RETINA QUERATOCONO, CATARATA	2				
TRASTORNO REFRACTIVO, MIOPÍA, ASTIGMATISMO, PRESBICIA, ESTRABISMO	2				
HIPOACUSIA O SORDERA	2				
INSUFICIENCIA CARDÍACA, ARRITMIAS, AMELURIASMAS, TROMBOSIS ARTERIAL O VENOSA, EMBOLISMO DE RAMA	2				
INFARTO AGUDO DEL MIOCARDIO, ANGINA DE PECHO, ENFERMEDAD CORONARIA	2				
VALVULOPATÍA CARDÍACA, REEMPLAZOS VALVULARES	2				
EPOC, ENFISEMA, BRONQUITIS CRÓNICA, FIBROSIS QUÍSTICA, HIPERTENSIÓN PULMONAR	2				
ASMA, RINITIS, SINUSITIS, AFECIONES DE AMIGDALAS O ADENOIDES	2				
TRASTORNOS DE LA TIROIDES (HIPOTIROIDISMO, HIPERTIROIDISMO, BOCIO), TIROIDECTOMÍA	2				
GASTRITIS, COLON IRRITABLE	2				
REFLUXO GASTROESOFÁGICO, VÁRICES ESOFÁGICAS, ESOFAGITIS, DIVERTICULOSIS, HEMORROIDES INTESTINALES, CÁLCULOS DE LAS VÍAS BILIARES, HERNIA HIATAL, HEMORROIDES	2				
CIRROSIS HEPÁTICA, COLITIS ULCERATIVA	2				
CÁLCULOS RENALES, ENFERMEDAD DE LA PRÓSTATA	2				
PIELONEFRITIS CRÓNICA, INSUFICIENCIA RENAL AGUDA, REFLUXO VESICOURINARIO, HEMORRÓIDIS	2				
INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA, TRASPLANTES, HEPATITIS B, C, SIDA, VIH, DIALISIS, ORGANO DONACIÓN	2				
ARTROSIS, ARTRITIS REUMATOIDES, LUPUS, COLAGENOSIS, SIND. SMOGREN, VASCULITIS, SIND. ANTIFOSFOLIPIDO	2				
HIPERTENSIÓN ARTERIAL	2				
DIABETES INSULINO DEPENDIENTE	2				
DIABETES NO INSULINO DEPENDIENTE	2				
TRASTORNO SANGUÍNEO, PURPURA TROMBOCITOPÉNICA, FOCITOS ANUCLEADOS, VON WILLEBRAND, HEMOFILIA	2				

1. Ha sufrido o sufre en la actualidad de alguna enfermedad? Cual?

No.	SI	NO	ESPECIFICAR
1		<input checked="" type="checkbox"/>	
2			
3			
4			
5			

2. Ha estado alguna vez hospitalizado? Especificar cuantas veces y por que causas?

No.	SI	NO	ESPECIFICAR
1		<input checked="" type="checkbox"/>	
2			
3			
4			
5			

3. Le han practicado alguna cirugía? Especificar hace cuanto y por qué causa?

No.	SI	NO	ESPECIFICAR
1	<input checked="" type="checkbox"/>		HERNIA HERNIJA (HACE 5 AÑOS SIN SECUELAS)
2			
3			
4			
5			

4. Ha tenido alguna vez algún accidente (tránsito, trabajo, deportivo)? Especificar hace cuanto y que secuelas le quedaron?

No.	SI	NO	ESPECIFICAR
1		<input checked="" type="checkbox"/>	
2			
3			
4			
5			

4.

5. Durante el tiempo de permanencia en el contrato, del señor ALVARO AVILA HERRERA, esta entidad ha autorizado todos los servicios a que según el contrato tiene derecho. Ahora bien, es claro que el contrato de Medicina Prepagada, es un contrato de naturaleza privada, el cual cuenta con estipulaciones claras frente a las limitaciones y exclusiones del mismo.

En este sentido, señora Juez, es claro que a la fecha no existe ningún derecho amenazado, y mucho menos vulnerado por parte de MedPlus Medicina Prepagada, al señor ALVARO AVILA HERRERA, por el contrario, ésta compañía ha dado cobertura a todo lo solicitado por el accionante del contrato durante su permanencia en el mismo, obrando de manera estrictamente correcta frente a lo pactado entre las partes, tal y como se puede verificar en el Certificado de Utilización de Servicios adjunto a la presente comunicación.”

2.2. Maple Respiratory Colombia

En respuesta dada a través del Dr. Santiago Paredes Blanco en calidad de Representante Legal de la vinculada, contestó lo siguiente:

1. “Es importante anotar que en el presente caso no se evidencia ninguna vulneración al derecho a la salud y a la vida de la accionante por parte de Maple Respiratory, con base en los siguientes elementos:

1.1. En primer lugar, es importante anotar que las peticiones formuladas por el accionante están enfocadas en obtener la autorización de la cirugía



SEPTOPLASTIA MAS TURBINOPLASTIA por parte de Medplus Medicina Prepagada, pretensiones que no están dentro del alcance de Maple Respiratory.

1.2. En línea con lo anterior, Maple Respiratory es una IPS que atiende trastornos relacionados exclusivamente con la apnea del sueño (por sus siglas, SAHOS) conforme la habilitación y los permisos otorgados por las autoridades de salud.

1.3. De los hechos descritos en la acción de tutela por parte del accionante consta que mi representada atendió en debida forma al accionante conforme a la autorización impartida por Medplus, realizándole el examen que le fuera solicitado y cuyos resultados le fueron entregados conforme el accionante indica en el hecho No. 6 de la acción de tutela, el cual cito a continuación:

“6. Requero DE MANERA URGENTE ambas cirugías, como puede observarse en el examen POLISOMNOGRAFIA BASAL Realizado el día 21 DE JULIO DE 2022 POR MAPLE RESPIRATORY COLOMBIA se diagnosticó: Registro polisomnográfico que evidencia la presencia de apneas e hipopneas en su mayoría de origen obstructivo asociados a desaturación (89%) y ronquido (14.2 %), la cual tiene que ver directamente con la obstrucción respiratoria que me puede llevar a la muerte.”

1.4. A la fecha, Maple Respiratory no tiene ningún tratamiento o suministro de equipo pendiente de cara al accionante, conforme se puede concluir del escrito de tutela en donde mi representada, Maple Respiratory, no figura dentro de las pretensiones de la misma.”

2.3. Clínica de Marly S.A.

En respuesta emitida a través del Dr. Luis Eduardo Cavelier Castro en calidad de Gerente de la Clínica, informo lo siguiente:

“Luego de hacer una revisión en nuestro sistema de información, no se tiene ninguna atención prestada al señor Álvaro Ávila Herrera.

El señor Álvaro Ávila Herrera está siendo atendido en la consulta particular del Dr. Gilberto Eduardo Marrugo Pardo, tal como se evidencia en los soportes anexados a la tutela.

Informaos que, dentro del Sistema General de Seguridad Social, nosotros al ser una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS), no autorizamos o negamos prestaciones de servicios de salud, solo somos entes prestadores de dichos servicios e acuerdo a la normatividad vigente.”

2.4. Secretaría Distrital de Salud

En respuesta emitida a través de la Dra. Blanca Inés Rodríguez Granados actuando en calidad de Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud contestó la tutela en los siguientes términos:



“Consultada y verificada la base de datos del BDUA-ADRES de la Secretaría Distrital de Salud, el señor ALVARO AVILA HERRERA, se encuentra activo afiliado al Régimen Contributivo en la EPS SANITAS S.A.S. desde el 01 de abril de 2016.

(...)

En historia clínica aportada se observa paciente con diagnóstico de DESVIACION SEPTAL, NO se observa historia clínica que soporte lo manifestado por el accionante respecto a exámenes realizados con anterioridad a quien el médico tratante ordenó SEPTOPLASTIA, TURBINOPLASTIA (Excluida específicamente del PBS en resolución 2273 de 2021).

(...)

***Respecto a los servicios incluidos en el PBS:** Es posible afirmar que frente a los requerimientos del accionante; MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA, EPS SANITAS SAS deberá adelantar de manera perentoria el trámite para la prestación del servicio solicitado y justificado, lo anterior bajo criterios de oportunidad y calidad.*

(...)

Solicitó desvincular de la presente acción de tutela a la Secretaría Distrital de Salud por Falta de Legitimación en la causa por pasiva (...)”

2.5. El Ministerio de Salud y Protección Social

En respuesta emitida a través del Dr. Gabriel Bustamante Pena actuando en calidad de Director Técnico de la Dirección Jurídica de Ministerio contestó la tutela en los siguientes términos:

(...)

En el presente caso, se evidencia que los hechos y las pretensiones se encaminan básica y directamente en señalar la presunta responsabilidad de MEDPLUS MEDICINA PREGPAGADA., ante la negativa de garantizar la prestación de los servicios de salud.

Frente a ello, es oportuno aclarar que por mandato Constitucional (artículos 6° y 121), el hoy Ministerio de Salud y Protección Social, solo puede hacer lo que la Carta le permite como autoridad dentro del marco de sus competencias, es decir, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 20111, modificado por el Decreto 2562 de 20122, este Ministerio actúa como ente rector en materia de salud, y le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, más de ninguna manera es el responsable directo de la prestación de servicios de salud.

(...)

Así las cosas, no teniendo el Ministerio de Salud y Protección Social participación alguna en la relación de los hechos efectuada por la accionante, y al no existir imputación jurídica en virtud de la cual pueda asignarse algún tipo de responsabilidad, no existe legitimación en la causa por pasiva en cabeza de este ente ministerial. (...)” (subrayados del texto)

2.6. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud – ADRES



En respuesta emitida a través del Dr. Gabriel Bustamante Pena actuando en calidad de Director Técnico de la Dirección Jurídica de Ministerio contestó la tutela en los siguientes términos:

(...)

NO es función de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Para el caso objeto de estudio, la prestación de salud se procede derivado de un contrato privado de seguro, por lo que, si el problema jurídico que se ventila es el alcance del contrato, no es competencia de la Jurisdicción Constitucional entrar a resolverlo.

Ahora bien, no puede dejarse de lado que el accionante tiene, además del contrato de seguro, su afiliación dentro del régimen común, como fue claramente expuesto en el acápite de hechos correspondiente, y como lo acredita la siguiente captura de pantalla:





ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud

Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACION	86043512
NOMBRES	ALVARO
APELLIDOS	AVILA HERRERA
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/**
DEPARTAMENTO	META
MUNICIPIO	VILLAVICENCIO

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.	CONTRIBUTIVO	01/04/2016	31/12/2999	COTIZANTE

De acuerdo con el reporte de afiliados BDU, el accionante se encuentra afiliada en SANITAS EPS, en estado “ACTIVO”. Así las cosas, está en la obligación de agotar los medios ordinarios para garantizar su salud, para la prestación de los servicios no incluidos en el contrato privado de seguro.

Finalmente, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.”

III-. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 02 de septiembre de 2022 el Juzgado Quinto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, profirió sentencia por medio de la cual resolvió:



“PRIMERO: NEGAR el amparo deprecado por ALVARO ÁVILA HERRERA contra MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más expedito la presente providencia a los interesados conforme a la ley. (...)

Fundamentó su decisión en que el contrato de prestación de servicios de salud de Medicina Prepagada, es un contrato privado que se encuentra regido por las cláusulas que de manera voluntaria las partes decidieron aceptar y por tanto son ley para las partes conforme a lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, son ley para las partes y sólo obligan a lo estipulado en las cláusulas de los mismos contratos.

Que, de conformidad con lo aportado al plenario, como lo es, la declaración de salud 500128 en donde no se hace la observación del trauma nasal sufrido hace 15 años por el señor ÁVILA HERRERA conforme se observa en la historia clínica, por ello, se niega la cirugía SEPTOPLASTIA PRIMARIA TRANSNASAL por considerarse su origen, un hecho preexistente a la firma del contrato suscrito de medicina prepagada entre las partes el día 28 de noviembre de 2019.

El *a quo* observó las peticiones formuladas por el accionante, y advirtió que conforme al carácter subsidiario que reviste a la acción de tutela, la misma resulta improcedente, de conformidad con el numeral 1 y 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, pues el primero de ellos señala que sólo será admisible recurrir a este mecanismo si efectivamente no existe otro medio de defensa judicial para proteger los derechos del interesado (principio de subsidiariedad) y la última contempla la falta de idoneidad de la acción de tutela cuando no se trata de un acto concreto violatorio de los derechos que son de naturaleza netamente constitucional.

Concluyó que, en el caso en comento, no se allegó al plenario evidencia de la urgencia, la gravedad o el eventual perjuicio irremediable a que estaría expuesto el accionante en el caso que se niegue su petición por esta vía constitucional; resaltando que el accionante se encuentra afiliado a la EPS SANITAS y puede acceder a todos los servicios médicos que requiera para el tratamiento de su patología a través de dicha entidad.

IV-. IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, el accionante presentó impugnación (*pdf. 026 del archivo 001 el cuaderno tutela*), señalando que:

-. En virtud a que otro médico consultado como el Doctor Gabriel Alvarado, además del otorrino que emitió las órdenes que consta en los reportes de Medplus, indican que



el procedimiento que requiere es la septoplastia, y que no tiene nada que ver con la rinoplastia que es estética, esta es la corrección del tabique para garantizar que no exista obstrucción para respirar. Lo cual es fundamental para garantizar el derecho a la salud y a la vida del peticionario.

Además, tal y como se indicó, las exclusiones deben partir de un examen realizado con anterioridad, incluso a solicitud del juez, el médico está dispuesto a expedir certificación donde conste que no existe certeza sobre el tiempo o el tipo de trauma y que es una mera especulación por lo cual no le pueden excluir los derechos como lo ha reconocido la jurisprudencia tal y como se citó en la tutela.

Aduce que no pueden partir sólo del contrato ya que como se explicó es meramente de adhesión y los médicos que lo han tratado coinciden en que para poder quitar la obstrucción que le impide respirar al 100% es con la aprobación de la septoplastia.

V-. RAZONAMIENTOS QUE FUNDAMENTAN LA CONCLUSIÓN

1-. Problema Jurídico

Con fundamento en los precedentes señalados, ¿se debe determinar si los derechos fundamentales “*a la salud y a la vida e integridad personal*” invocados, fueron vulnerados por la accionada Medplus Medicina Prepagada al negarse a realizar la cirugía Septoplastia Primaria Trasnasal, argumentando que se trata de una preexistencia cuya cobertura no está incluida en el respectivo contrato de salud?

Conforme al Artículo 86 Constitucional, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales. Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

2.- Procedencia de la acción de Tutela

2.1.- Legitimación en la causa por activa. En el caso concreto, se observa que se cumple con este requisito porque el accionante actúa como persona natural y es el titular del derecho objeto de estudio.

2.2.- Legitimación en la causa por pasiva. El artículo 86 *ibidem* establece el objeto de la tutela, dejando en evidencia que en este caso, la tutela fue interpuesta en contra



de Medplus Medicina Prepagada, como entidad encargada de la prestación del servicio de salud complementario y/o adicional al de la EPS.

2.3.- Inmediatez. Se encuentra acreditado el requisito de inmediatez, toda vez que la conducta que dio lugar a la presunta vulneración de los derechos fundamentales tuvo lugar en julio del presente año, y el mecanismo de amparo lo interpuso en agosto hogaño.

2.4.- Subsidiariedad. En principio, se establece que la solicitud de amparo solo procede cuando la persona afectada no cuente con otro medio de defensa judicial.

En el caso que nos ocupa, se advierte que la accionada respecto de la cual se analiza la procedencia del amparo, es una entidad prestadora del servicio de medicina prepagada; respecto de estas entidades la Corte Constitucional se ha referido a la naturaleza contractual que caracteriza la prestación de este servicio de salud complementario, por medio de planes voluntarios, lo que supone que se rigen por el derecho privado, sin perjuicio de las facultades de inspección, vigilancia y control que tiene el Estado sobre su gestión, más específicamente la Superintendencia Nacional de Salud, bajo este entendido, las controversias que se susciten respecto de los contratos de medicina prepagada deben resolverse, por regla general, a través de las vías ordinarias civiles y comerciales vigentes, advirtiendo, además, que en algunas controversias entre los usuarios y las entidades prestadoras de medicina prepagada, también aparece otro mecanismo judicial como lo es el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud.

3.- Las exclusiones por preexistencia en los contratos de medicina prepagada

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 sólidas¹; también, las “*exclusiones*” deberán quedar expresamente previstas en el contrato, sobre esto, 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 consignadas².

Acorde con lo anterior, la Corte ha expresado en diferentes pronunciamientos, que, desde el momento mismo de la celebración del contrato, quienes lo suscriben deben dejar expresa constancia de las enfermedades, padecimientos, dolencias y quebrantos de

¹ Artículo 1° del Decreto 1222 de junio 17 de 1994. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 10 de 1990 en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina prepagada.

² Artículo 2° *ibídem*.



salud que ya venían sufriendo los beneficiarios del servicio, que por ser preexistencias, no quedarán amparados dentro del mismo.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que previamente a la celebración de un contrato de medicina prepagada, la compañía contratante, la cual cuenta con personal calificado y los equipos necesarios, tiene la obligación de realizar a los usuarios los exámenes médicos correspondientes, para determinar con exactitud las enfermedades de estos, que por ser preexistentes serían excluidas del contrato. Tales excepciones de cobertura no pueden estar señaladas en forma genérica, pues la compañía tiene la obligación de determinar, por medio de los exámenes previos a la suscripción del contrato, *“cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario”*³.

4.- Análisis del caso concreto.

- Del estudio de las pretensiones invocadas por el accionante, se tiene que, se encuentra afiliado a MEDPLUS medicina prepagada mediante contrato 421207.
- Que el 19 de julio de 2022 asistió a consulta con el otorrinolaringólogo Dr. Marrugo Pardo debido a dificultades respiratorias, en esta consulta los resultados fueron: *“OBSTRUCCION NASAL SIN SINTOMAS ALÉRGICOS, SEVERA OBSTRUCCIÓN NASAL LADO IZQUIERDO, COMPROMISO OBSTRUCTIVO DEL AREA DOS, SS AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR NASOSINUSCOPIA; DIAGNOSTICO: DESVIACIÓN SEPTAL IZQUIERDA NARIZ TRAUMATICA.”* (pdf 004 prueba del archivo 001 de tutela)
- Según el actor, le fue ordenado el examen médico NASOSINUSCOPIA, el cual fue practicado el 25 de julio de 2022 del cual el médico manifestó: *“DESVIACIÓN SEPTAL OBSTRUCCIÓN, CADA VEZ MÁS SINTOMATICO TRAUMA 15 AÑOS, DESVIACIÓN IZQUIERDA OBSTRUCTIVA COMPLEJA MÁS HIPERTROFIA DEL LADO CONTRALATERAL DE CORNETE INFERIOR, SS AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR SEPTOPLASTIA MAS TURBINOPLASTIA CINICA MARLY AMBULATORIA”* (pdf 003 prueba del archivo 001 de tutela)
- El 28 de julio de 2022 Medplus Medicina prepagada no autorizó el procedimiento de Septoplastia Primaria Trasnasal indicando que: hay limitación contractual, que Medplus no da cobertura a Septoplastia por ser un procedimiento requerido por trauma nasal ocurrido hace 15 años previo a la vigencia del contrato, sin cobertura de acuerdo al capítulo 6, clausula 23 Numeral 32 plan SC celeste (pdf 003 prueba del archivo 001 de tutela)
- El actor indicó en el hecho 6 y Maple Respiratory en su contestación informo que; en el examen POLISOMNOGRAFIA BASAL Realizado el día 21 de julio de 2022

³ Sentencia T-471 de mayo 2 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.



por Maple Respiratory Colombia se diagnosticó: *“Registro polisomnográfico que evidencia la presencia de apneas e hipopneas en su mayoría de origen obstructivo asociados a desaturación (89%) y ronquido (14.2 %), la cual tiene que ver directamente con la obstrucción respiratoria que me puede llevar a la muerte.”*

-. En respuesta de Medplus Medicina Prepagada el accionante se encuentra afiliado a esta entidad en calidad de titular y beneficiario del Contrato N° 421207 Plan Celeste Plus, desde el día 29 de noviembre de 2019; que también cuenta con afiliación activa y vigente a la EPS SANITAS; que de conformidad con el Acuerdo de voluntades (plan Celeste Plus) emitió aprobación para el procedimiento (TURBINOPLASTIA VIA TRANSNASAL), así como la negación al procedimiento (SEPTOPLASTIA PRIMARIA TRANSNASAL), al ser considerado como secundaria a evento no declarado (enfermedad preexistente).

-. Que en la declaración de salud No 500128 que realizó el peticionario al momento de contratar los servicios de medicina prepagada se evidencia que no hay ninguna anotación en la parte de la pregunta 4, *“¿ha tenido alguna vez algún accidente (tránsito, trabajo, deportivo)? ¿Especificar hace cuánto y que secuelas le quedaron? en la cual respondió que NO, evento que es señalado en la historia clínica como un trauma de hace 15 años.*

-. Por su parte, la entidad de medicina prepagada no se ha negado a autorizar los exámenes y procedimientos del contrato de medicina prepagada, que se le ha garantizado la atención en salud.

En consecuencia, dentro de los planes adicionales de salud el legislador contempló el contrato de medicina prepagada⁴. Sobre este la Corte Constitucional ha sostenido que: *“la medicina prepagada constituye una modalidad complementaria y alternativa de atención en salud, que se hace efectiva 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”*⁵.

Se evidenció en el reporte de afiliados BDUA que el accionante tiene, además del contrato de seguro, su afiliación en SANITAS EPS, en estado “ACTIVO”. Así las cosas, está en la obligación de agotar los medios ordinarios para garantizar su salud, para la prestación de los servicios no incluidos en el contrato complementario y privado de seguro.

Finalmente, queda claro que las controversias que se originen respecto de los contratos de medicina prepagada deben resolverse, en primer lugar, a través de las vías

⁴ El artículo 169 de la Ley 100 de 1993, sustituido por el artículo 37 de la Ley 1438 de 2011, *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*

⁵ Sentencia T-549 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis).



ordinarias civiles y comerciales vigentes, advirtiendo que, en las discusiones entre los usuarios y las entidades prestadoras de medicina prepagada, también puede ser utilizado otro mecanismo judicial como lo es el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin que se observe que el actor hubiere acudido a los mismos o que se encuentre en incapacidad de hacerlo, pues debe recordarse el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, como lo ha señalado la Corte Constitucional, al señalar que la acción de tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial, a no ser que se acredite que éstos no son idóneos o resulta más gravoso acudir a los mismos, debido, por ejemplo, al tiempo que demoraría obtener una decisión de fondo o a la urgencia para evitar o conjurar la consumación de un perjuicio irremediable, siempre y cuando se utilice como mecanismo de protección transitorio.

En la sentencia T-161-09, la Corte Constitucional señaló que:

*“La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de **carácter residual y subsidiario**, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados (art. 86 de la C.P.), y no procede "cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” (Artículo 6° numeral 1° del Decreto 2591 de 1991).*

Es del caso precisar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable⁶. En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado criterios para determinar su existencia:

*“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la **impostergabilidad** de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”⁷*

Frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales y resultaren eficaces para la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas antes de pretender el amparo por vía de tutela. En otras palabras, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto⁸, pues

⁶ Ver por ejemplo las sentencias T-743 de 2002, T-596 y T-343 de 2001, T-215 de 2000.

⁷ Sentencia T -225 de 1993.

⁸ Cfr. T-441 de mayo 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, y T-742 de septiembre 12 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.



la tutela no puede desplazar los mecanismos específicos de defensa previstos en la correspondiente regulación común⁹. (Se resalta)

En sentencia T-580 de julio 26 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda, esta corporación indicó:

“La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional.¹⁰ De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales deba haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto.¹¹ Exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la tutela descrito, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador,¹² y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes¹³ en los procesos judiciales.¹⁴”

En otro aparte jurisprudencial la máxima Corporación señaló que:

“De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Esta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.”

(...)

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, esta Corte ha precisado:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela,¹⁵ se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales

⁹ Cfr. SU-622 de junio 14 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁰ “Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.”

¹¹ “Corte Constitucional. Ver Sentencias T-441 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-742 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas y T-606 de 2004 M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.”

¹² “Corte Constitucional. Sentencia SU-622 de 2001 M. P. Jaime Araujo Rentería.”

¹³ “Corte Constitucional. Sentencias C-543 de 1992 M. P. José Gregorio Hernández; T-567 de 1998 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-511 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; SU-622 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-108 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.”

¹⁴ “Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2004 M. P. Clara Inés Vargas.”

¹⁵ Respecto a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, la Corte en sentencia T-1222 de 2001 señaló: “(...) el desconocimiento del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir.”



ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.¹⁶

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales.¹⁷ (Negritas y subrayas fuera de texto)

En ese orden de ideas, no se acredita el perjuicio irremediable que permita acudir a directamente a la acción de tutela, pretermitiendo otras instancias, como quiera que no se acredita la inminencia, urgencia, impostergabilidad y gravedad de los hechos, respecto del procedimiento quirúrgico denominado *septoplastia primaria transnasal*; por lo que se confirmará el fallo de primera instancia que denegó el amparo deprecado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA (40) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, actuando como juez constitucional,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el 02 de septiembre de 2022, por el Juzgado Quinto (05) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE lo decidido a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: REMÍTASE a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Juez,

DIDIER LÓPEZ QUICENO

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-753 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Rad: 110014105 005 2022-00624-01
Acción de Tutela Segunda Instancia
Accionante: Álvaro Ávila Herrera
Accionada: Medplus Medicina Prepagada
Decisión: Confirma Fallo de Primera Instancia