

Sentencia T-038/05

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD Y PLAN ADICIONAL DE SALUD-Complementariedad

PLANES ADICIONALES DE SALUD-Celebración o renovación con personas afiliadas al régimen contributivo

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro servicios médicos incluidos en el POS pero excluidos del PAS/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD Y PLAN ADICIONAL DE SALUD-No suministro de servicios médicos por cuanto médico tratante no se encuentra adscrito a EPS/DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-No suministro de servicios médicos por cuanto médico tratante no se encuentra adscrito a EPS debe tener razones científicas

DERECHO DE PETICION ANTE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Falta respuesta de fondo frente al suministro del material de osteosíntesis

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro y entrega oportuna a menor de edad del material de osteosíntesis

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cobro de copagos respetando los límites anuales y por evento

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Es requisito que el servicio médico haya sido ordenado por el médico tratante

ACCION DE TUTELA-Exoneración del pago de copagos cuando médico tratante determine si es enfermedad catastrófica o ruinosa

Referencia: expediente T-979501

Acción de tutela instaurada por James Michel Dubberly Finch, en representación de su hija menor de edad Rachel Marie Dubberly Anderson, contra Humanavivir S.A. EPS y contra Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil cinco (2005)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, y en segunda instancia por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá dentro de la acción de tutela iniciada por James Michel Dubberly Finch, en representación de su hija menor de edad Rachel Marie Dubberly Anderson, contra Humanavivir S.A. EPS y contra Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del 24 de septiembre de 2004 proferido por la Sala de Selección Número Nueve.

### I. ANTECEDENTES

1. Hechos, demanda y sentencias de primera y de segunda instancia.

1. En febrero de 2004, a la menor Rachel Marie Dubberly Anderson, de once años de edad, le fue diagnosticada una deformidad progresiva de su columna vertebral (escoliosis), enfermedad que le produce permanentes dolores y espasmos musculares.

2. Su médico tratante, adscrito a Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada, programó la cirugía requerida por Rachel (corrección de escoliosis más de ocho segmentos con instrumentación modular transpedicular y artrodesis posterior de T2 a L4) para el mes de marzo de 2004, dado que por la edad de la menor, la intervención quirúrgica debía realizarse con prontitud.<sup>1</sup>

3. La menor se encuentra afiliada a Humanavivir S.A. EPS, en calidad de beneficiaria, y adicionalmente es beneficiaria de un plan adicional de salud (PAS), contratado por su padre con Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada.

4. El mencionado contrato de medicina prepagada excluye expresamente<sup>2</sup> el suministro de

sangre, plasma, material de osteosíntesis y hueso esponjoso, elementos que se requieren para la cirugía de Rachel, que se encuentran incluidos en el POS3 y que tienen un costo aproximado de diecinueve millones de pesos.<sup>4</sup>

5. Atendiendo a la relación existente entre el plan obligatorio de salud (POS) y los planes adicionales de salud (PAS), el accionante, de un lado, ejecutó ante la empresa de medicina prepagada los trámites necesarios para la realización de la cirugía, que se encuentra contemplada en el contrato firmado entre las partes. De otro lado, el señor Dubberly, solicitó a la EPS accionada el suministro de los materiales (sangre total, plasma fresca, material de osteosíntesis y hueso esponjoso), incluidos en el POS, expresamente excluidos del contrato de medicina, que fueron prescritos por el médico tratante de la menor, para la realización la cirugía correctiva.

6. Tal como consta en las autorizaciones aportadas al proceso<sup>5</sup>, Humanavivir S.A. EPS aprobó el suministro del “material para la corrección de escoliosis”<sup>6</sup> y condicionó su entrega al pago del copago, correspondiente al 17.3% del costo de los materiales.<sup>7</sup>

6.1. Sin embargo, afirma el accionante en la demanda<sup>8</sup>, que Humanavivir S.A. EPS no tuvo en cuenta los topes máximos establecidos por evento y por año, para el cobro de copagos (Arts. 9 y 10 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS)<sup>9</sup>, que para el caso de afiliados con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, como es el caso del señor Dubberly, se encuentra en 115% de un salario mínimo mensual como tope máximo del copago por un mismo evento<sup>10</sup>, y en 230% de un salario mínimo mensual como tope máximo del copago por los servicios prestados en un año.<sup>11</sup>

Señala adicionalmente en la demanda, que según tiene entendido, la cirugía que requiere su hija está catalogada en el nivel IV del Maipos, y que por tal razón, es una enfermedad catastrófica, exenta del cobro de copago.<sup>12</sup> Este argumento lo esgrimió ante la EPS demandada, sin embargo ésta no ha accedido a su solicitud.

7. Sobre el suministro de las unidades de sangre y plasma, Humanavivir S.A. EPS no le dio una respuesta de fondo a la solicitud presentada por el accionante. Según señala éste en la demanda, esta EPS le respondió que “no se podía autorizar la sangre por adelantado, y que

una vez que la clínica expidiera una factura, se distribuiría la responsabilidad para el pago de la sangre”.<sup>13</sup>

8. El señor Dubberly es trabajador independiente y enseña la Biblia en diferentes iglesias. Según lo afirmó en la ampliación de la demanda, vive con su esposa y sus cuatro hijos menores de edad en un apartamento propio y los sostiene a través de donaciones que recibe del exterior, que oscilan alrededor de dos millones de pesos mensuales.<sup>14</sup>

9. El accionante considera que Humanavivir S.A. EPS vulnera los derechos fundamentales de su hija Rachel Marie a la vida (Art. 11), a la igualdad (Art.13), a la seguridad social (Art. 48) y de los niños (Art. 44) y adolescentes (Art. 45) al (i) cobrarle un copago por los servicios médicos requeridos (material de osteosíntesis) para atender una enfermedad que el regulador ha eximido de este pago, o subsidiariamente, al cobrarle un copago que sobrepasa los topes anuales y por servicio, definidos por el regulador, y (ii) al no suministrarle servicios médicos (hueso esponjoso y unidades de sangre total y plasma fresca) que requiere con urgencia para preservar su integridad física, que se encuentran en el POS, y que fueron ordenados por su médico tratante, adscrito a la empresa de medicina prepagada con la que el accionante contrató un plan adicional de salud (PAS).

10. El Juez Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá conoció el caso en primera instancia y vinculó al proceso a Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada. En sentencia de junio 30 de 2004, resolvió negar la acción por considerar que, de acuerdo con lo sostenido por Humanavivir S.A. EPS en la contestación de la demanda, la orden médica aportada no proviene de un médico adscrito a esta entidad sino que fue emitida por un médico perteneciente a la empresa de medicina prepagada con la que el accionante contrató un plan adicional de salud.<sup>15</sup> Por tal razón, concluye el juez de instancia que la orden aportada no es exigible ante la EPS demandada.<sup>16</sup>

Señala adicionalmente que en aras de proteger los derechos fundamentales de la menor, ella deberá acudir ante un médico afiliado a Humanavivir S.A. EPS, para que sea éste el que conozca su caso y le formule los tratamientos que requiere.

11. La sentencia de primera instancia fue apelada y en sentencia proferida el 9 de agosto de 2004, el Juez Décimo Civil del Circuito confirmó el fallo.

## 1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Problema jurídico a resolver

De acuerdo con los hechos narrados por las partes y con las pruebas aportadas en este proceso, se puede concluir que el presente caso versa sobre un aspecto específico relativo a la relación entre el plan obligatorio de salud (POS) y los planes adicionales de salud (PAS), específicamente frente al suministro de servicios médicos incluidos en el POS, pero excluido del PAS contratado con una compañía de medicina prepagada.

El problema jurídico que se debe resolver es el siguiente:

¿Viola Humanavivir S.A. EPS el derecho a la integridad física y a la salud de una menor de edad afiliada a esta entidad, al condicionar a la cancelación de un copago el suministro de unos servicios médicos excluidos del PAS pero incluidos en el POS (material de osteosíntesis, sangre total, plasma fresca y hueso esponjoso), indispensables para la realización de una cirugía (corrección de escoliosis) que requiere con prontitud, los cuales fueron ordenados por su médico tratante adscrito a la compañía de medicina prepagada correspondiente?

Para resolver este problema jurídico se aludirá a la reglamentación y la jurisprudencia existentes sobre la relación entre el POS y los PAS, así como sobre la posibilidad de que en virtud de esta relación, la EPS suministre a sus afiliados servicios médicos incluidos en el POS, excluidos del PAS contratado, y formulados por un médico adscrito a la entidad prestadora del plan complementario.

### 2.1. Complementariedad entre el plan obligatorio de salud (POS) y los planes adicionales de salud (PAS).

En la legislación y en la reglamentación del sistema de salud se estableció que los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo de salud, además de tener derecho a acceder al plan obligatorio de salud (POS), tienen la libertad de contratar planes adicionales de salud (PAS), mediante los cuales obtienen mejores condiciones hoteleras y tecnología más avanzada en la

prestación de los servicios de salud y, según se establezca en el contrato, recibirán cubrimiento de algunos servicios médicos no incluidos en el POS (Ley 100 de 1993, Art. 169 y Decreto 806 de 1998, Arts. 17-23).

La existencia de los planes complementarios de salud<sup>17</sup> fue estudiada por la Corte Constitucional<sup>18</sup> y fue declarada exequible. Advirtió la Corte que tales planes no sustituyen el plan obligatorio de salud (POS) ni implican el traslado de la responsabilidad propia de las EPS a las entidades que prestan los PAS.<sup>19</sup>

A diferencia del plan obligatorio de salud (POS), el contenido de los planes adicionales de salud no es establecido mediante leyes, reglamentos ni regulaciones. Por tratarse de un contrato por adhesión, las empresas de medicina prepagada, las aseguradoras, las entidades adaptadas y las EPS, son quienes establecen el contenido de estos planes, los cuales son revisados por la Superintendencia Nacional de Salud, previamente a ser ofrecidos en el mercado (Art. 22 del Decreto 806 de 1998).

Es usual que los PAS no subsuman en su totalidad los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud (POS), de manera que es probable encontrar servicios médicos excluidos de los planes adicionales de salud, que sí se encuentran en el POS.

Esto se puede comprobar, por ejemplo, al hacer una revisión de los fallos de tutela de la Corte Constitucional, en los que los accionantes solicitan que la entidad con la cual han contratado un plan adicional de salud, les preste servicios médicos que la entidad demandada considera excluidos del contrato. Dentro de estos casos, se encuentran algunos, en los que el servicio médico solicitado, excluido del PAS contratado, sí se encuentra dentro del POS.

Tal es el caso de las prótesis articulares (T-646 de 2004, MP: Álvaro Tafur Galvis) incluidas en el párrafo del artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 (MAIPOS); el material de osteosíntesis (T-1132 de 2003, MP: Jaime Araújo Rentería) incluidas en este mismo párrafo; el tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas (T-065 de 2004, MP: Jaime Araújo Rentería; T-181 de 2004, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-1047 de 2002, MP: Jaime Araújo Rentería y T-591 de 1999, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz) incluido en el literal e) del artículo 17 del MAIPOS; y el tratamiento de diálisis (T-710 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño) incluido en el literal b) del artículo 17 del MAIPOS, entre otros servicios médicos.

Atendiendo a esta situación, y reafirmando la complementariedad entre los PAS y el POS, en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 se estableció que es requisito indispensable para celebrar contratos para la prestación de planes adicionales de salud, estar afiliado al régimen contributivo de salud (Dec. 806 de 1998, Art. 20).

De igual manera se estableció (Dec. 806 de 1998, Art. 20, parágrafo) que en el evento de que la entidad autorizada para vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de este requisito, dicha entidad “deberá responder por la atención integral en salud” que requiera el afiliado.

Respecto de este requisito, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente en la sentencia T-236 de 2003 (MP: Jaime Córdoba Triviño)<sup>20</sup>:

“(…) La norma se orienta a que quienes hayan contratado planes adicionales de salud no queden desprotegidos ante aquellos riesgos que, por cualquier motivo, no sean cubiertos por los planes de medicina prepagada. Es decir, si el contratista no cuenta con un plan de salud que atienda sus requerimientos básicos, carecería de sentido un plan adicional (…)”.

“(…) De allí que ese régimen le impusiera a cada entidad el deber de verificar la efectiva afiliación al POS de las personas que suscribieran los contratos de medicina prepagada pues no se trataba sólo del cumplimiento de una formalidad para acceder a un plan adicional de salud sino de una exigencia razonable enmarcada en la necesidad de prever un marco integral de protección en salud para el suscriptor de un plan adicional”.

2.1.1. Prestación de servicios médicos incluidos en el POS, que se encuentran excluidos del plan adicional de salud contratado por un usuario, dentro del marco de la relación existente entre los PAS y el POS.

Ni en la ley ni en la reglamentación se ha definido el trámite administrativo que se debe seguir para hacer efectiva la complementariedad entre los PAS y el POS, en el caso específico de los servicios médicos incluidos en el POS pero excluidos del contrato del PAS, formulados por un médico tratante adscrito a la empresa prestadora del PAS.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, la Corte Constitucional no ha

establecido una regla o unos parámetros al respecto. Si bien ha conocido casos relativos a la vulneración del derecho a la vida o a la integridad física, en conexidad con el derecho a la salud, por la no prestación, por parte de la EPS, de servicios de salud contenidos en el POS, formulados por el médico tratante del accionante, adscrito a la empresa prestadora del PAS, excluidos del contrato del PAS, en los casos estudiados ha ocurrido el fenómeno de la sustracción de materia<sup>21</sup> y la Corte no se ha pronunciado de fondo sobre el problema jurídico planteado. No obstante, la jurisprudencia de la Corte en el ámbito de la salud provee contenidos relevantes para resolver la cuestión planteada, a los cuales se aludirá para resolver el presente caso.

Antes de analizar el caso concreto a resolver es importante señalar que en los mencionados fallos de tutela, las EPS demandadas implícitamente convalidaron la orden expedida por el médico tratante adscrito a la compañía de medicina prepagada, y la negativa a prestar el servicio médico ordenado obedecía a razones distintas a la de la afiliación del médico tratante a una compañía de medicina prepagada y no a la EPS.<sup>22</sup>

## 2.2. Análisis del caso objeto de revisión.

En el caso objeto de revisión se tiene que la cirugía que requiere la menor Rachel Marie debe ser realizada con prontitud, dado que por su edad y las características particulares de su enfermedad, la tardanza en la realización de la intervención quirúrgica genera una mayor desviación de su columna, produciéndole mayores dolores y disminuyendo las posibilidades de éxito de la cirugía.<sup>23</sup>

La mencionada cirugía, junto con los materiales empleados en la misma, están incluidos en el POS,<sup>24</sup> sin embargo, estos últimos están expresamente excluidos del contrato de medicina prepagada que suscribió el padre de la menor con Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada<sup>25</sup> y tienen un costo aproximado de diecinueve millones de pesos,<sup>26</sup> que el padre de la menor no puede cubrir.<sup>27</sup>

En el expediente se encuentra probado que para la fecha en la que fue interpuesta la acción de tutela, el neurocirujano pediátrico Fernando I. Jimeno, afiliado a Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada, a quien libremente el accionante seleccionó dentro del listado de médicos disponibles dentro del plan adicional de salud contratado, llevaba por lo menos seis meses conociendo del caso de Rachel Marie y fue él, como médico tratante de la menor,

quien ordenó la cirugía en cuestión.

La complejidad de la intervención quirúrgica<sup>28</sup> y la relación existente entre el médico tratante, la paciente y sus familiares, hace comprensible que el accionante pretenda que sea el médico tratante de la menor, y no otro, quien le realice la cirugía a su hija, empleando los materiales (hueso esponjoso, material de osteosíntesis, unidades de sangre y de plasma) incluidos en el POS, que pretendía el accionante fueran suministrados por la EPS demandada. Sin embargo, por su suministro, la mencionada EPS le estaba cobrando un copago superior a los límites legales, según señala el accionante.

No obstante las consideraciones antes señaladas, los jueces de instancia negaron la tutela porque dicho médico no está adscrito a la EPS correspondiente o no se probó que lo estuviera. Si bien éste no era el punto central a analizar, esta Sala se referirá brevemente a él dada la importancia que ha tenido en el proceso.

2.2.1. Eventos en los que es suficiente la orden del médico tratante, para que la EPS a la que se encuentre afiliado el paciente, suministre servicios médicos, ordenados por éste, que se encuentran incluidos en el POS, pero excluidos del plan adicional de salud contratado.

En primer lugar, es importante señalar que esta Sala de Revisión entiende que los jueces de instancia buscaran reiterar la jurisprudencia de la Corte sobre el requisito del médico tratante. Si bien no hicieron referencia a una sentencia específica de la Corte Constitucional, resumieron los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional para que sea procedente, por vía de tutela, ordenar el suministro de un servicio médico no incluido en el POS o frente a los cuales el accionante no cumple con los periodos mínimos de cotización y no tiene la capacidad económica suficiente para pagar el porcentaje correspondiente a las semanas de cotización faltantes.<sup>29</sup>

No obstante, el presente caso es diferente porque no se trata del suministro de un servicio médico no incluido en el POS ni respecto del cual la menor no cumpla los periodos mínimos de cotización. Tampoco se trata de la prestación de un servicio médico incluido en el POS, que haya sido ordenado por un médico particular independiente.

El requisito de que el servicio médico solicitado haya sido ordenado por el médico tratante ha de reiterarse en este fallo. No obstante, este requisito no puede ser trasladado automáticamente e integralmente a casos como el presente sino que debe ser definido y apreciado atendiendo a las especificidades de la relación entre el POS y los PAS, así como a que el derecho a la salud es fundamental para los menores de edad (Art. 44 de la Constitución).

Teniendo en cuenta las especificidades propias del caso objeto de revisión, esta Sala de Revisión considera que la fórmula expedida por el médico tratante, adscrito a la entidad prestadora de planes adicionales de salud, con la cual el accionante celebró un contrato, en la que se ordene a un paciente servicios médicos excluidos del plan adicional de salud, pero incluidos en el POS, es suficiente cuando se reúnan las siguientes condiciones:

i) la adscripción del médico tratante a la entidad prestadora del plan adicional de salud no haya sido cuestionada ni esté en duda;

ii) la entidad prestadora del plan adicional de salud no controvertió la necesidad y/o la pertinencia del servicio médico ordenado por el médico tratante; y

iii) la EPS a la que se encuentra afiliado el accionante no siguió un procedimiento científico<sup>30</sup> para desvirtuar la necesidad y/o la pertinencia de lo ordenado por el médico tratante. Este procedimiento científico ha de hacerse sin el ánimo de dilatar la autorización de los servicios y debe tener el peso suficiente para desvirtuar lo ordenado por el médico tratante, como se dijo en la sentencia T-344 de 2002.

Estos tres requisitos admiten de un lado, la posibilidad de la EPS a oponerse a suministrar un tratamiento que no considera necesario y/o pertinente para las condiciones específicas de un paciente, independientemente que se encuentre incluido en el POS. Sin embargo, dicha oposición no puede basarse en que la orden no provino de un médico tratante adscrito a ella si se reúnen las condiciones antes enunciadas, sino en razones científicas.

De otro lado, estos requisitos protegen el derecho a la vida y a la integridad física, en conexidad con el derecho a la salud del paciente, porque obligan a que se le suministre con prontitud el tratamiento incluido en el POS, ordenado por su médico tratante, adscrito a la entidad prestadora del plan adicional de salud, a menos que existan razones científicas para

no hacerlo.

Al revisar estos requisitos frente al caso particular de Rachel Marie, se tiene que i) la adscripción de su médico tratante a Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada no fue controvertida en el proceso, ni por la EPS demandada, ni por la mencionada compañía de medicina prepagada; ii) la cirugía fue aprobada por la compañía de medicina prepagada<sup>31</sup>, quien expidió las órdenes requeridas para su realización, excluyendo el suministro de los materiales solicitados en la acción de tutela, no por razones científicas, sino por razones contractuales y iii) la EPS demandada no desvirtuó mediante un procedimiento científico - opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y conocimiento de la historia clínica del paciente- la necesidad de la cirugía ordenada por el médico tratante de Rachel Marie, ni la necesidad de emplear material de osteosíntesis, hueso esponjoso y unidades de sangre y de plasma, para la misma.

Frente a este último requisito, es importante señalar que Humanavivir S.A. EPS no sólo no desvirtuó el concepto del médico tratante de la menor, sino que frente al suministro del material de osteosíntesis, lo aprobó y expidió las autorizaciones correspondientes para su entrega.<sup>32</sup>

Respecto del suministro del hueso esponjoso y de las unidades de sangre y de plasma, requeridas para la misma cirugía para la que el material de osteosíntesis fue autorizado, Humanavivir S.A. EPS, vulnerando el derecho de petición del accionante, no respondió la solicitud presentada por el accionante.<sup>33</sup>

El cumplimiento de las tres condiciones antes señaladas, conducen a que la orden expedida por el médico tratante de Rachel Marie, adscrito a la compañía de medicina prepagada Humana S.A., sea suficiente para tener por cumplido el requisito de la existencia de una orden médica expedida por un médico tratante adscrito.

En consecuencia, en el evento en el que para la fecha de este fallo no se le haya realizado a Rachel Marie Dubberly la corrección de escoliosis más de ocho segmentos con instrumentación modular transpedicular y artrodesis posterior de T2 a L4, y en aras de proteger sus derechos fundamentales a la integridad física y a la salud, y atendiendo a la relación existente entre el plan obligatorio de salud y los planes adicionales de salud, esta Sala de Revisión ordenará a Humanavivir S.A. EPS que dentro de las veinticuatro horas

siguientes a la notificación de este fallo, autorice el suministro del material de osteosíntesis, el hueso esponjoso, las unidades de sangre total y de plasma fresca que requiera el médico tratante de la menor para la realización de la mencionada cirugía y asegure su entrega oportuna en el lugar y para la fecha en la que sea programada la mencionada intervención quirúrgica. Esta información deberá ser suministrada por el accionante a Humanavivir S.A. EPS.

Tal como se analizará a continuación, por el suministro de los mencionados materiales, incluidos en el POS, Humanavivir S.A. EPS podrá cobrarle al accionante los copagos correspondientes, respetando los límites anuales y por evento definidos por el Consejo Nacional de la Seguridad Social en Salud (CNSSS) en el Acuerdo 260 de 2004.

2.2.2. Cobro de copagos respetando los límites, anuales y por evento, definidos por el regulador.

En las normas que reglamentaron la Ley 100 de 1993, se estableció el cobro de copagos, a los beneficiarios del régimen contributivo de salud, por el suministro de servicios médicos incluidos en el POS (Art. 187 de la Ley 100 de 1993, Art. 8 del Decreto 806 de 1998 y Art. 2 del Acuerdo 260 de 2004). La reglamentación exceptuó algunos servicios médicos específicos de este cobro (Art. 7 del Acuerdo 260 de 2004).

En el caso objeto revisión, alega el accionante que Humanavivir S.A. EPS le cobró por el suministro del material de osteosíntesis, un copago contrario a las normas vigentes, porque según él, no se tuvo en cuenta la exención establecida para las intervenciones quirúrgicas de nivel IV del Maipos, y porque en todo caso, desconocía los límites anuales y por evento, para el cobro de copagos.

Al respecto, se debe aclarar que el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004<sup>34</sup> del CNSSS, no define las exenciones a partir del nivel de complejidad (I, II, III y IV) de la intervención quirúrgica requerida, sino con base en otros criterios, como por ejemplo, el tipo de enfermedad (v.gr. catastrófica o ruinoso), el tipo de atención (v.gr. urgencia, programas de control en atención de enfermedades transmisibles) y el tipo de programa (atención materno infantil).<sup>35</sup>

De la revisión del listado de servicios excluidos del cobro de copago, se concluye que

eventualmente la artrodesis posterior de columna con instrumentación que requiere Rachel Marie podría encuadrar en el criterio referente a la atención de enfermedades catastróficas.

Estas se encuentran definidas en el artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 (Maipos) y a continuación se enuncian: a) tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer, b) diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de cornea, c) tratamiento para el SIDA y sus complicaciones, d) tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central, e) tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas, f) tratamiento medico quirúrgico para el trauma mayor, g) terapia en unidad de cuidados intensivos y h) reemplazos articulares.

De la revisión de las normas que regulan la exención del pago de copagos y las que definen cuáles son las enfermedades catastróficas, se concluye que en el evento en el que la escoliosis que sufre la menor Rachel Marie sea de origen congénito, el tratamiento quirúrgico para su corrección será tenido en cuenta como una enfermedad ruinosa o catastrófica, y en esta medida, estará exento del pago de copago, junto con los elementos que se empleen en el mismo. Para tal efecto, se deberá tener en cuenta el concepto del médico tratante de la menor, el doctor Fernando I. Jimeno, respecto a si la escoliosis que padece es o no de origen congénito.

En el evento en el que la escoliosis que padece Rachel Marie no sea de origen congénito, Humanavivir S.A. EPS podrá cobrarle al accionante por concepto de copago, el porcentaje señalado en los artículos 9 y 10 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS, atendiendo al ingreso base de cotización del accionante<sup>36</sup> y a los límites anuales<sup>37</sup> y por evento<sup>38</sup> establecidos en el mencionado Acuerdo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

**RESUELVE:**

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, el 30 de junio de 2004 y el fallo proferido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, el 9 de agosto de 2004, en el proceso T-979501.

Segundo.- CONCEDER la tutela del derecho a la integridad física y a la salud de la menor Rachel Marie Dubberly Anderson y ORDENAR a Humanavivir S.A. EPS, que en el evento de que a la fecha de proferido este fallo, no se le haya practicado a Rachel Marie la corrección de escoliosis más de ocho segmentos con instrumentación modular transpedicular y artrodesis posterior de T2 a L4, esta EPS deberá autorizar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de este fallo, el suministro del material de osteosíntesis, el hueso esponjoso y las unidades de sangre total y de plasma fresca que requiera el médico tratante de la menor para la realización de la mencionada cirugía. Humanavivir S.A. EPS deberá garantizar la entrega oportuna de los mencionados materiales, en el lugar y para la fecha en la que sea programada la cirugía. Esta información deberá ser suministrada por el señor James Michel Dubberly Finch a Humanavivir S.A. EPS.

Tercero.- AUTORIZAR a Humanavivir S.A. EPS para que, en el evento que la escoliosis que padece Rachel Marie Dubberly no sea de origen congénito, según el concepto que al respecto rinda el doctor Fernando I. Jimeno, médico tratante de la menor, adscrito a Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada, le cobre al señor James Michel Dubberly Finch, el copago establecido en el Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS, correspondiente al suministro del material de osteosíntesis, el hueso esponjoso y las unidades de sangre total y de plasma fresca, atendiendo a su ingreso base de cotización y a los límites anuales y por evento señalados en los artículos 9 y 10 del citado Acuerdo.

Cuarto.- ORDENAR al Juez Sesenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, que en aras de garantizar la efectividad de la acción de tutela, notifique este fallo a las partes dentro de los tres días siguientes a su recepción.

Quinto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, además de remitir copia de la sentencia al Ministerio de la Protección Social.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En la demanda, el accionante señala lo siguiente: “Los especialistas que han examinado a mi hija han estado de acuerdo en que ella está en la edad precisa para que se le practique la artrodesis, debido a la maleabilidad de sus huesos. Pero también han advertido del peligro de no hacer la cirugía en su presente etapa de desarrollo, afirmando que la curvatura de su columna, que era de aproximadamente 50 grados cuando se le diagnosticó su condición, se va aumentando 1 grado por mes, y que con el pasar del tiempo los beneficios obtenidos de hacer la cirugía son cada vez menores” (folio 15 del expediente).

2 Numeral 14 del Anexo de Exclusiones del Plan Plus (Folio 43 del expediente). En esta cláusula del contrato, se hace mención a la exclusión del suministro de materiales de osteosíntesis, elementos o componentes para implantes, sangre o componentes, y los derivados de la sangre, entre otros.

3 El material de osteosíntesis se encuentra contemplado en el párrafo del artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 (MAIPOS), el suministro de sangre (unidad de plasma o plasma fresco y unidad de sangre total) en el artículo 85, numeral 1 de esta Resolución y el hueso esponjoso (injerto óseo en columna vertebral) en el artículo 68, numeral 6 de esta misma Resolución.

4 Según la autorización número 135709 de mayo 25 de 2004 de Humanavivir S.A. EPS, el material de osteosíntesis tiene un costo de \$16´935.750 de pesos (folio 59 del expediente). Frente al costo de las unidades de sangre y de plasma, el accionante señala en la ampliación de la demanda, que éstas tienen un costo aproximado de \$2´000.000 de pesos (folio 56 del expediente). Respecto al hueso esponjoso, en el expediente no aparece información alguna

sobre su costo.

5 En los folios 58 y 59 del expediente, reposa copia de las autorizaciones número 134463 y 135709, de mayo 17 de 2004 y de mayo 25 de 2004 respectivamente, en las que Humanavivir S.A.EPS autoriza a la empresa Synthes suministrarle a la menor Rachel Marie Dubberly el material para la cirugía de corrección de escoliosis. La primera autorización asciende a la suma de \$13'283.840 de pesos y la segunda autorización, que reemplazó a la primera, asciende a la suma de \$16'935.750 de pesos.

6 En el expediente no se precisa si por “material para la corrección de escoliosis” se entiende el hueso esponjoso y el material de osteosíntesis, o solamente éste último. Para el análisis del caso, se asumirá que el hueso esponjoso no fue incluido en esta autorización, dado que la orden no es clara al respecto y que el accionante hace mención expresa al suministro del hueso esponjoso dentro de las pretensiones de la demanda.

7 En el artículo 9 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS se define el 17.3% como el copago que deberán pagar, quienes tengan un ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, por los servicios de salud que les sean suministrados.

8 En la autorización número 135709 de mayo 25 de 2004, en la que Humanavivir S.A.EPS autorizó a la empresa Synthes a suministrarle a la menor Rachel Marie Dubberly el material para la cirugía de corrección de escoliosis, aparece la siguiente información: “copago: 17.3%, (...) tarifa autorizada: ISS”. En la contestación de la demanda, Humanavivir S.A.EPS no se refirió al monto del copago que le estaba cobrando al accionante por el suministro del material solicitado (folios 23 al 26 del expediente).

9 En la ampliación de la demanda, el señor Dubberly sostiene que el copago que le está cobrando la EPS demandada por el suministro del material de osteosíntesis, corresponde a tres millones de pesos. (folio 56 del expediente).

10 Para el año 2004, el tope por evento, en el pago de copago, para quienes tuvieran un ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales era de \$411.700 pesos. El párrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 1998 define “la atención de un mismo evento” como “el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario”.

11 Para el año 2004, el tope anual, en el pago de copagos, para quienes tuvieran un ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales era de \$823.400 pesos.

12 En el numeral 4 del artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS se establece que los servicios de salud relativos a la atención de enfermedades catastróficas están exentos del pago de copagos.

13 Folio 5 del expediente.

14 Folio 57 del expediente.

16 “(...) en consecuencia, no es válida dicha orden, pues si el actor decidió acudir a médico diferente a los que están suscritos por la EPS, debe asumir por cuenta propia los costos que a él le correspondan, pues no puede el juez constitucional obligar a la EPS a autorizar unos elementos que no los ordenó un médico adscrito a ella”. (Folio 63 del expediente).

17 En el artículo 169 de la Ley 100 de 1993 se utilizó la expresión planes complementarios para referirse a los planes complementarios al POS, que podrán ofrecer las EPS y que serán financiados en su totalidad por el usuario, con recursos diferentes a las cotizaciones obligatorias al régimen contributivo de salud. Con posterioridad, quienes se encargaron de reglamentar la Ley 100 de 1993, definieron un conjunto de planes adicionales al POS, que cumplen con las mismas características de financiación de los planes complementarios y los denominaron planes adicionales de salud (PAS). Dentro de estos planes, se incluyen los planes de atención complementaria en salud, los planes de medicina prepagada y las pólizas de salud (Art. 19 del Dec. 806 de 1998).

18 Sentencias C-089 de 1998 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), C-112 de 1998 (MP: Carlos Gaviria Díaz) y C-599 de 1998 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz). En la sentencia C-089 de 1998 se estudió, entre otros aspectos contemplados en la Ley 352 de 1997, la constitucionalidad de los planes complementarios de salud en el sistema de seguridad social de las Fuerzas Militares. La norma que consagra tales planes fue declarada exequible, siempre y cuando “no implique una sustitución del Plan Obligatorio por el Complementario, ni el traslado de la responsabilidad propia de aquél a éste”. En las sentencias C-112 de 1998 y C-599 de 1998 se declaró constitucional el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, referente a la existencia y financiación de los planes complementarios de salud.

19 Al respecto la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente en la sentencia C-089 de 1998 (MP: José Gregorio Hernández Galindo): “Se trata en realidad de permitir al sistema especial creado que ofrezca planes de medicina prepagada, complementarios de los básicos y forzosos, lo cual es perfectamente admisible si la ley, como en este caso, lo autoriza. Y el hecho de autorizarlo no la enfrenta con la Constitución, siempre y cuando la norma no implique una sustitución del Plan Obligatorio por el Complementario, ni el traslado de la responsabilidad propia de aquél a éste”.

20 En la sentencia T-236 de 2003 (MP: Jaime Córdoba Triviño), la Corte Constitucional revisó el caso de una compañía de medicina prepagada que no corroboró que el accionante estuviera afiliado al régimen contributivo de salud previamente a suscribir el contrato relativo al PAS, y al vencimiento de la vigencia del mismo, se negó a renovarlo, por el incumplimiento de tal requisito, y suspendió el tratamiento de quimioterapia que estaba recibiendo el accionante. La Corte concedió la tutela y ordenó a la compañía de medicina prepagada continuar con el tratamiento suspendido y “responder por la atención integral en salud” requerida por el actor.

21 En algunos casos, el juez de instancia ordenó a la EPS prestar el servicio médico requerido (T-710 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño) o cubrir el costo del mismo (T-646 de 2004 MP: Álvaro Tafur Galvis). En otros casos se comprobó la prestación del servicio sin que se especificara quién lo prestó ni cómo se distribuyeron las cargas económicas (T-1132 de 2003 MP: Jaime Araújo Rentería).

22 En la sentencia T-1132 de 2003 (MP: Jaime Araújo Rentería) la EPS demandada estaba dispuesta a prestar el servicio y señala que desconoce las razones por las cuales se negó inicialmente su suministro por parte de los funcionarios administrativos de la entidad. En las sentencias T-710 de 2004 (MP: Jaime Córdoba Triviño) y T-646 de 2004 (MP: Álvaro Tafur Galvis), las EPS demandadas habían negado la prestación del servicio porque los accionantes no cumplían con el periodo mínimo de cotización.

23 Según el informe elaborado el 24 de junio de 2004 por el médico tratante “(...) la menor se encuentra por edad en una etapa de desarrollo y crecimiento que probablemente aumentará progresivamente la doble angulación patológica de su columna y aumentará concomitantemente la dificultad técnica quirúrgica” (folio 55 del expediente).

24 El material de osteosíntesis se encuentra contemplado en el párrafo del artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 (MAIPOS), el suministro de sangre (unidad de plasma o plasma fresco y unidad de sangre total) en el artículo 85, numeral 1, el hueso esponjoso (injerto óseo en columna vertebral) en el artículo 68, numeral 6 y la artrodesis posterior de columna con instrumentación en el artículo 68, numeral 6 de esta misma Resolución.

25 Numeral 14 del Anexo de Exclusiones del Plan Plus (Folio 43 del expediente). En esta cláusula del contrato, se hace mención a la exclusión del suministro de materiales de osteosíntesis, elementos o componentes para implantes, sangre o componentes, y los derivados de la sangre, entre otros.

26 Según la autorización número 135709 de mayo 25 de 2004 de Humanavivir S.A.EPS, el material de osteosíntesis tiene un costo de \$16´935.750 de pesos (folio 59 del expediente). Frente al costo de las unidades de sangre y de plasma, el accionante señala en la ampliación de la demanda, que éstas tienen un costo aproximado de \$2´000.000 de pesos (folio 56 del expediente).

27 El señor Dubberly es trabajador independiente y enseña la Biblia en diferentes iglesias. Según lo afirmó en la ampliación de la demanda, vive con su esposa y sus cuatro hijos menores de edad en un apartamento propio y los sostiene a través de donaciones que recibe del exterior, y que oscilan alrededor de dos millones de pesos mensuales (folio 57 del expediente).

28 Los procedimientos quirúrgicos incluidos en el POS están clasificados en 23 grupos, según su complejidad. La intervención quirúrgica que requiere Rachel Marie está clasificada en el grupo 20, lo que indica el alto grado de complejidad que implica.

29 Al respecto, el juez de primera instancia señaló lo siguiente: "(...) resalta el Despacho, que efectivamente la Corte Constitucional en abundante jurisprudencia ha señalado que para que prospere una acción de tutela de este tipo, se deben reunir los siguientes requisitos: 1) que la falta del procedimiento señalado al paciente amenace o vulnere sus derechos fundamentales. 2) Que el procedimiento no tenga sustituto no sometido a un mínimo de semanas de cotización y que proceda en cualquier tiempo. 3) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo de la parte del medicamento y 4) Que para el presente caso el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la empresa promotora de salud a

la cual se encuentre afiliado el demandante” (folio 63 del expediente).

30 Ante la ausencia de reglamentación que defina los requisitos que se deben cumplir, para que de manera científica se pueda desvirtuar la orden dada por el médico tratante, la Corte Constitucional, en la sentencia T-344 de 2002 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), estableció los requisitos que debe cumplir el Comité Técnico Científico, para que su opinión frente al tratamiento que debe seguir un paciente, prevalezca sobre la de su médico tratante. Los requisitos definidos en esta sentencia, con los que debe cumplir el concepto del Comité Técnico Científico fueron los siguientes: estar basado en “(1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante”.

31 En los folios 45-52 del expediente reposa copia de las autorizaciones expedidas por Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada para la realización de la cirugía de Rachel Marie, pero excluye el suministro del material de osteosíntesis, las unidades de sangre, de plasma y el hueso esponjoso, por no encontrarse incluidos en el contrato.

32 Folio 59 del expediente.

33 Frente al suministro de las unidades de plasma y de sangre, Humanavivir S.A. EPS no respondió de fondo la solicitud del accionante, y tal como lo señala éste en la demanda, se limitaron a informarle que con posterioridad a la cirugía, una vez la clínica expidiera la factura correspondiente, “se distribuiría la responsabilidad para el pago de la sangre” (folio 5 del expediente). Frente al suministro del hueso esponjoso, el accionante no recibió respuesta alguna por parte de la EPS demandada.

34 En el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 se establece que los siguientes servicios médicos no estarán sujetos al cobro de copagos: 1. servicios de promoción y prevención, 2. programas de control en atención materno infantil, 3. programas de control en atención de las enfermedades transmisibles, 4. enfermedades catastróficas o de alto costo, 5 la atención inicial de urgencias y los servicios enunciados en el artículo 6 del Acuerdo, que son los servicios sujetos al pago de cuota moderadora.

35 El artículo 6 del Acuerdo 260 de 2004 define que los siguientes servicios médicos se encuentran sujetos al pago de cuotas moderadoras: 1) Consulta externa médica,

odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada, 2) Consulta externa por médico especialista, 3) Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios, 4) Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante, 5) Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante y 6) Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud.

36 En el folio 30 del expediente reposa copia del pago de la cotización del mes de junio de 2004 del señor Dubberly. En esta figura un ingreso base de cotización de \$716.000 pesos (2 salarios mínimos legales).

37 El artículo 10 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope anual de los copagos que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, en 230% de un salario mínimo legal mensual.

38 El artículo 9 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope del copago, por un mismo evento, que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, en 115% de un salario mínimo legal mensual. El párrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 1998 define “la atención de un mismo evento” como “el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario”.