

T-126-14

Sentencia T-126/14

ACCION DE TUTELA PARA RESOLVER CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE MEDICINA PREPAGADA-Caso en que Entidad de Medicina Prepagada niega la aplicación de toxina botulínica para tratar la enfermedad que padece un menor

ACCION DE TUTELA PARA RESOLVER CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE MEDICINA PREPAGADA-Procedencia excepcional

Los contratos de medicina prepagada se rigen por el derecho privado, específicamente las leyes civiles y comerciales, por esta razón, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para resolver los conflictos que surgen de éstos, en general, es la jurisdicción ordinaria la competente para el efecto. Sin embargo, puede ser que por la acción u omisión de los particulares que prestan el servicio público esencial de salud resulten vulnerados o amenazados derechos fundamentales, bajo este supuesto, la jurisdicción constitucional es la indicada para resolverlos. Esta procedencia excepcional de la acción de tutela, ha sido justificada por la jurisprudencia de esta Corte básicamente en tres argumentos: (i) porque se trata de personas jurídicas privadas que participan en la prestación del servicio público de salud; (ii) porque los usuarios se encuentran en un estado de indefensión frente a las empresas, pues son estas las que tienen exclusivamente bajo su control el manejo de todos los instrumentos que determinan el uso y disfrute de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales que ofrecen, además, los contratos de medicina prepagada son considerados de adhesión, esto significa que sus cláusulas son redactadas por las empresas y no son discutidas con el usuario-contratante. Por último, (iii) ha sido una posición unánime de la Corte considerar que la vía ordinaria no es idónea ni eficaz para resolver conflictos sobre derechos fundamentales como la vida, la salud y la dignidad de las personas, sobre todo cuando se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable, pues, la decisión podría tardar demasiado frente a una urgente necesidad de alguna prestación de servicios de salud.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia/PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Prestación de los servicios de salud prepagada

La jurisprudencia de esta Corte ha sido clara y constante al señalar que en el caso de los niños la salud y la seguridad social son derechos de carácter fundamental por expreso mandato constitucional, y por lo tanto la acción de tutela es procedente para su amparo, situación que además encuentra pleno respaldo en los tratados internacionales existentes sobre la materia. Tratándose de los contratos de medicina prepagada, las empresas que prestan este servicio se encuentran obligadas a garantizar a sus afiliados la culminación de los tratamientos médicos en curso, con el fin de acatar y respetar íntegramente el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, de conformidad con los principios a la autonomía y buena fe de los contratantes, ya que actuar en forma contraria implica un menoscabo latente al derecho constitucional a la salud del afiliado.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Demora en el suministro del medicamento hizo que éste procedimiento ya no fuese pertinente para tratar la enfermedad en su momento, y que fuera necesario realizar una intervención quirúrgica

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Prevenir a Entidad de Medicina Prepagada para que se abstenga de interrumpir los tratamientos médicos que necesitan sus usuarios, especialmente cuando se trate de menores de edad

Referencia: expediente T- 4.105.103

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil catorce (2014)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos emitidos por el Juzgado Sesenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá en primera instancia el 22 de julio de 2013 y, el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá en segunda instancia el 27 de agosto de 2013, dentro del proceso de tutela iniciado por Laura María Cifuentes Muñoz y Jaime Bronstein Tisminezky, en representación de su menor hijo Jacobo Bronstein Cifuentes, contra Colmédica Medicina Prepagada.

I. ANTECEDENTES

El 9 de julio de 2013, la señora Laura María Cifuentes Muñoz y Jaime Bronstein T, actuando en representación de su menor hijo, Jacobo Bronstein Cifuentes, interpusieron acción de tutela a través de apoderado judicial contra Colmédica Medicina Prepagada, con el fin de que se amparen los derechos de su hijo a la salud y a la continuidad de los tratamientos de salud. La acción interpuesta se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos:

1. Hechos.

1.1 El apoderado de los accionantes relató que Jacobo ha estado vinculado desde su nacimiento a Colmédica Medicina Prepagada, en el Plan Zafiro Premium como beneficiario.

1.2 Así mismo, informó que el menor padece de una enfermedad o condición que afecta la tonicidad muscular de una de sus piernas, para lo cual ha recibido tratamiento con infiltración de toxina botulínica, conocida como Botox, en conjunto con otras terapias, procedimiento que, anteriormente, ya había sido autorizado a Jacobo por Colmédica M.P.

1.3 A principios de 2013, cuando el médico tratante de Jacobo le ordenó un nuevo proceso de infiltración de botox, específicamente “aplicación de 300 iu toxina botulínica en miembros inferiores en gemelos, soleo, isquiotibiales, tibial posterior y psoas derecho. (...) Además inmovilización en yeso del miembro inferior derecho acrílico.”, la demandada se negó a autorizar tal procedimiento, argumentando que la toxina botulínica es un medicamento que no estaba cubierto por el contrato suscrito con los accionantes.

1.4 Ante tal situación, los padres de Jacobo insistieron a través de un derecho de

petición, el 22 de abril de 2013 que se autorizara el procedimiento señalado.

1.5 El 15 de mayo de 2013 Colmédica Medicina Prepagada respondió la petición realizada y, mantuvo la decisión de negar la autorización de las infiltraciones con toxina botulínica. Señaló que el contrato de gestión para la prestación de servicios de medicina prepagada tiene una cobertura limitada por las exclusiones que contiene, una de las cuales se refiere a medicamentos para el tratamiento médico ambulatorio.

1.6 El apoderado de los accionantes sostuvo que las infiltraciones con botox son parte de un tratamiento dirigido a mejorar en forma inmediata la condición de salud del menor y evitar, en lo posible, una nueva cirugía. La interrupción de estas implica entonces, un perjuicio a Jacobo, pues significa que perderá en gran parte autonomía y capacidad de movimiento en su pierna, impidiéndole realizar funciones básicas como caminar, correr, jugar entre otras, además, aseguró que una cirugía, aunque puede ayudarle, tiene un carácter invasivo y comporta un mayor riesgo para su vida y su salud.

2. Contestación de la demanda

2.1 Colmédica Medicina Prepagada.

Sandra Bayón Arango, representante legal de Colmédica Medicina Prepagada dio respuesta a la acción de tutela, y solicitó desestimar las pretensiones de la misma. Argumentó, en defensa de la entidad a la que representa, que los contratos de medicina prepagada se rigen según el principio de la autonomía de la libertad contractual, en virtud del cual al momento de suscribirlos, los usuarios aceptan tanto las coberturas como las excepciones en los servicios de salud que les son ofertados. Así las cosas, según el contrato del cual es beneficiario el joven Jacobo, los servicios de salud le son prestados de acuerdo con las coberturas del Plan Zafiro Guía Premium, que en su cláusula octava, contempla específicamente que los medicamentos para tratamiento ambulatorio están excluidos del mismo.

Con base en lo anterior, aseguró “que el contrato aludido es un acuerdo de voluntades entre las partes y que previamente existe un clausulado el cual fue aceptado con la firma de la accionante, es claro que Colmedica Medicina Prepagada no está obligada a prestar servicios por fuera de lo previamente pactado y conocido por ambas partes.”

2.2 Ministerio de Salud y Protección Social.

Mediante auto del 10 de julio de 2013, el Juzgado de primera instancia vinculó por pasiva al Ministerio de Salud y Protección Social y le otorgó 24 horas para pronunciarse sobre los hechos de la demanda.

Luis Gabriel Fernández Franco respondió a la acción de tutela en su calidad de Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección social, para lo cual realizó algunas consideraciones sobre la dinámica de los planes complementarios de salud, también sostuvo que los copagos son una figura que se creó con el objeto de racionalizar la utilización de los servicios de salud y contribuir a la financiación de los mismos. Por otra parte, aseguró que la solicitud de autorizar un tratamiento integral es muy genérica, y por lo tanto si no se precisa desvirtúa la naturaleza residual de la acción de tutela.

Finalmente, pidió al juez de tutela que si accedía a las pretensiones de la accionante y si a raíz de esto se le exoneraba de copagos y cuotas moderadoras, se abstuviera de “hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la facultad de recobro ante el FOSYGA, para que de esta forma las EPS utilicen los mecanismos legales y administrativos establecidos para tal fin.”

3. Pruebas que obran en el expediente.

3.1 Registro Civil de nacimiento de Jacobo Bronstein Cifuentes, en el cual consta que nació el 13 de abril de 1998, es decir que actualmente tiene 15 años de edad, este documento también demuestra que sus padres son los accionantes, Laura María Cifuentes Muñoz y Jaime Bronstein Tisminezky. (Folio 41 del cuaderno de primera instancia).

3.2 Copia de la tarjeta de identidad de Jacobo en la que se corrobora nuevamente su fecha de nacimiento. (Folio 42 del cuaderno de primera instancia).

3.2 Copia del carné de Colmédica Medicina Prepagada, que identifica a Jacobo como beneficiario del plan Zafiro guía Premium. (Folio 43, cuaderno de primera instancia).

3.3 Certificado de existencia y representación legal de Colmédica Medicina Prepagada S.A. (Folios 44 a 50 del cuaderno de primera instancia).

3.4 Copia de un “Contrato familiar condiciones generales del contrato de gestión para la prestación de servicios de medicina prepagada”, en ésta no aparece ninguna referencia a cuáles son las partes contratantes y tampoco está firmado, sin embargo, es claro que se trata de uno de los planes ofrecidos por Colmédica Medicina Prepagada. (Folios 51 a 70 del cuaderno de primera instancia).

3.5 Comprobante de radicación de una solicitud de autorización de servicios médicos, el 5 de abril de 2013, mediante la cual se pidió a nombre de Jacobo Bronstein Cifuentes, la “aplicación de 300 iu toxina botulínica en miembro inferior derecho. Bajo anestesia general. Material: Botox x 100iu (amp #3). Fund. Cardioinfantil.” Este documento también señala que el diagnóstico del menor es “hemiparesia espástica derecha (parálisis cerebral)”. (Folios 74 a 76 del cuaderno de primera instancia).

3.5 Certificación emitida el 8 de abril de 2013 por el Dr. Camilo A Turriago P, médico tratante de Jacobo, en la que manifestó que el menor “viene presentando deterioro en su marcha por [sic] los que le he prescrito la aplicación [de] 300 iu toxina botulínica en miembros inferiores en gemelos, soleo, isquiotibiales, tibial posterior y psoas derecho e inmovilización en yeso del miembro inferior derecho. El objeto de este tratamiento es evitar el deterioro en la marcha que actualmente está presentando y que puede comprometer su independencia y funcionalidad.” (Folio 77, cuaderno de primera instancia).

3.6 Respuesta al derecho de petición interpuesto por la accionante el 22 de abril de 2013. El documento tiene fecha del 15 de mayo de 2013, y en éste, Colmédica Medicina Prepagada argumentó nuevamente que no podía autorizar lo ordenado por el médico tratante de Jacobo porque se encontraba excluido del contrato de prestación de servicios de salud, de acuerdo con la cláusula octava del mismo, pues la toxina botulínica se considera un medicamento para tratamiento médico ambulatorio, y no era posible autorizarlo con cargo al aludido contrato. Adicionalmente sostuvo: “Sobre el particular, queremos hacer claridad que nuestra Compañía como un beneficio no contractual ofrecía la cobertura de este medicamento; no obstante, resulta necesario aclarar que dicho beneficio podía ser suspendido en cualquier momento, de tal manera, que a la fecha esta prebenda ya no se encuentra vigente, lo anterior explica la no cobertura del medicamento el pasado 15 de abril de 2013.”

Terminó sugiriéndole a la actora acudir a la Entidad Promotora de Salud EPS en donde se encuentre afiliado el menor para que adelante el trámite pertinente, pues el tratamiento ordenado no lo cubre el POS y por lo tanto, su prestación debe ser sometida a consideración de un comité técnico científico. (Folios 78 y 79 del cuaderno de primera instancia).

4. Sentencias que se revisan.

4.1 Sentencia de primera instancia.

El 22 de julio de 2013, el Juzgado Sesenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá, profirió sentencia de primera instancia, en la que resolvió negar el amparo solicitado por los accionantes de los derechos fundamentales de su hijo, Jacobo Bronstein Cifuentes.

El juez mencionó en la parte considerativa de su sentencia que si bien la salud en principio se consideró como una garantía de carácter prestacional, actualmente es un derecho fundamental “con el componente determinante de la calidad del servicio, estrechamente conectada con la vigencia del principio de continuidad en su prestación y que guarda, a su turno, un nexo inescindible con los principios de integridad, de eficacia, eficiencia, universalidad y de confianza legítima.” También hizo algunas afirmaciones sobre la procedencia de la acción de tutela para resolver conflictos sobre los contratos de medicina prepagada, sostuvo que en principio éstos deben ser conocidos por los jueces ordinarios pues son de carácter privado y se rigen por las leyes civiles y comerciales, sin embargo, “excepcionalmente y bajo la consideración, que así estos contratos sean de naturaleza privada, tienen como objeto la prestación del servicio público de salud y, por tanto, se encuentra involucrada la efectividad de derechos fundamentales, la tutela es procedente.”

Terminó afirmando que la acción de tutela es improcedente, porque los accionantes cuentan con otros mecanismos para resolver la controversia contractual alegada; además, mencionó que el menor no quedaba desprotegido porque como también se encuentra afiliado al POS en su EPS, puede acudir a dicha entidad para que le proporcione los servicios que requiera.

4.2. Impugnación.

El apoderado de los accionantes impugnó el fallo de primera instancia al no estar de acuerdo con la decisión que fue adoptada pues por un lado, contrario a lo manifestado por el juez lo que se estaba debatiendo no era la posibilidad o no de incluir preexistencias y exclusiones en los contratos de medicina prepagada, sino el hecho de que en ocasiones anteriores Colmédica había autorizado al mismo paciente las infiltraciones con botox y ahora, lo niega citando una exclusión que nunca había aludido, interrumpiendo así el tratamiento del menor y poniendo en grave riesgo sus derechos fundamentales a la salud y a la continuidad de los tratamientos médicos.

Por otro, aseguró que el hecho de que el menor esté afiliado a un plan obligatorio de salud, no excusa a la empresa de medicina prepagada de cumplir con las prestaciones a su cargo, adicionalmente, recordó que tal como lo afirmó la demandada los tratamientos con toxina botulínica no hacen parte del POS, “lo que deja sin asidero el aserto del juez. Procurar el tratamiento por la vía alternativa propuesta, implicaría no solo acudir al mecanismo de la acción de tutela, sino además una nueva presión sobre el presupuesto estatal.”

Para terminar, resaltó que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional la salud es un derecho fundamental que debe ser especialmente protegido cuando se trata de personas vulnerables, como los niños, y en este caso, se trata de la continuación de un tratamiento para un menor de edad que inició con una intervención quirúrgica y posteriormente incluyó infiltraciones de botox, si estas se suspenden, será necesaria una nueva cirugía que es un método mucho más invasivo; así pues, concluyó que lo que se pretende mediante la acción de tutela no es un procedimiento aislado, sino que se trata de la continuidad del tratamiento que necesita el menor.

4.3. Sentencia de segunda instancia.

El 27 de agosto de 2013, el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, dictó sentencia de segunda instancia en la cual confirmó el fallo emitido por el a quo. Argumentó que las compañías de medicina prepagada solo están obligadas a suministrar a sus usuarios los servicios médicos incluidos en el contrato que hayan celebrado con éstos, y como el tratamiento que necesita Jacobo está expresamente excluido del contrato, el juez de tutela no puede ordenar su cobertura.

5. Actuaciones surtidas en Revisión.

Mediante auto proferido el 3 de diciembre de 2013, esta Corporación resolvió decretar una medida provisional a favor de Jacobo, tras considerar que Jacobo debe recibir una especial protección constitucional por ser menor de edad, y porque la ausencia del tratamiento ordenado “puede comprometer su independencia y funcionalidad”[1], deteriorando su estado de salud y sus condiciones de subsistencia, lo cual generaría la configuración de un perjuicio irremediable.

Por lo tanto, ordenó a Colmédica Medicina Prepagada que autorizara, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de la providencia, la aplicación de 300 iu toxina botulínica en miembro inferior derecho, a Jacobo Bronstein Cifuentes de acuerdo con lo ordenado por su médico tratante.

De igual forma, le pidió a Colmédica Medicina Prepagada, que remitiera copia de la historia clínica del menor Jacobo Bronstein Cifuentes, en especial, que aportara el historial de intervenciones y procedimientos autorizados al menor. Además, le solicitó que informara si anteriormente había autorizado el uso de la toxina botulínica para tratamientos ordenados al menor Jacobo Bronstein Cifuentes, especificar cuántas veces dio dicha autorización, y las razones para posteriormente interrumpir el suministro de tal medicamento.

También requirió la Sala información a los accionantes sobre su núcleo familiar y la solvencia económica del mismo, y les preguntó si habían realizado alguna cotización del costo de la toxina botulínica en las cantidades que necesita su menor hijo, Jacobo y cuál era el promedio de precio obtenido.

Por otra parte, le solicitó al Dr. Camilo Andrés Turriago P., médico tratante de Jacobo que especificara: (i) cuántas veces le había recetado tratamientos que incluyeran la aplicación de toxina botulínica y cuál ha sido la respuesta del menor a los mismos, (ii) la duración y frecuencia del tratamiento que necesita Jacobo para su enfermedad, específicamente aquel que incluya la aplicación de toxina botulínica y, (iii) el grado de necesidad del tratamiento con toxina botulínica en este caso, y si existen otras alternativas con la misma eficacia para tratar su enfermedad.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Presentación del problema jurídico.

1. Antes de formular el problema jurídico, la Sala advierte que en el transcurso del trámite de revisión, pudo verificar que la demora en suministrar la toxina botulínica a Jacobo hizo que éste procedimiento ya no sea pertinente para tratar su enfermedad por el momento, y que fuera necesario realizarle una intervención quirúrgica, en la respuesta obtenida por parte de los accionantes[2], afirmaron que: “Debido a la tardanza de la aprobación de [sic] la aquí solicitada que era especialmente PREVENTIVA se ha hecho necesario realizar una operación completa la cual fue autorizada por COLMEDICA la cual desafortunadamente para mi hijo resulta [sic] su exposición a un mayor riesgo. Dicha cirugía será de 5 horas y se [sic] realizara el 8 de Enero del año entrante, habiéndose podido evitar si se hubiera autorizado la medicina hace 9 meses.” (Mayúsculas dentro del texto). Entonces, si bien asumiré las consecuencias jurídicas que ello tiene para la procedencia del amparo, estima pertinente realizar algunas consideraciones en torno a la jurisprudencia constitucional aplicable al caso, con el fin de realizar ciertas advertencias a la empresa demandada.

2. Pues bien, de acuerdo con los antecedentes expuestos, le corresponde a la Sala estudiar si Colmédica Medicina Prepagada vulneró los derechos fundamentales de Jacobo Bronstein Cifuentes a la salud y a una vida en condiciones dignas, al negar la autorización de la aplicación de toxina botulínica, que en anteriores ocasiones había permitido, sin tener en cuenta que con esto interrumpía el tratamiento del menor que fue diagnosticado con hemiparesia espástica derecha (parálisis cerebral).

3. Para responder al problema jurídico planteado, esta Sala efectuara brevemente una reiteración de la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela para la solución de controversias surgidas de contratos de medicina prepagada y, el derecho fundamental de los menores de edad a la salud, teniendo en cuenta que son un grupo poblacional vulnerable que merece una especial protección constitucional. Para terminar, resolverá el caso en concreto.

La acción de tutela y los contratos de medicina prepagada.[3]

4. La ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral, y estableció que es un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, que está conformado por los regímenes generales establecidos para Pensiones, Salud, Riesgos Profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma Ley.

Específicamente, existen dos formas de acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud[4], una es estar afiliado al régimen contributivo o al subsidiado, y otra estar vinculado, esta última cobija a aquellas personas que no tienen capacidad de pago mientras logran ser beneficiarias del régimen subsidiado, de manera que tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y privadas contratadas por el Estado[5].

5. Quienes se encuentran afiliados al régimen contributivo, además de tener derecho a los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), pueden contratar Planes Adicionales de Salud (PAS)[6] que, según el artículo 18 del Decreto 806 de 1998, son un conjunto de beneficios opcionales contratados de manera voluntaria, que garantizan la atención de actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el POS, o condiciones diferentes o adicionales de hostelería o tecnología[7]. Se trata de un servicio privado de interés público, de responsabilidad exclusiva de los particulares, financiados con recursos diferentes a los de las cotizaciones obligatorias, y que no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de vigilancia y control que le son propias.

6. Dichos Planes Adicionales de Salud[8] pueden ser de tres tipos: (i) Planes de atención complementaria en salud (PAC)[9], que son aquellos beneficios que comprenden actividades, intervenciones y procedimientos no incluidos en el POS o expresamente excluidos de éste, o condiciones de atención diferentes, como por ejemplo, el ofrecer más comodidad y una completa red prestadora de servicios[10]; (ii) Planes de medicina prepagada, que se estipulan a través de contratos privados que se rigen por cláusulas determinadas y que se convierten en ley para las partes; y, (iii) Pólizas de salud, que se rigen por las normas contractuales del seguro de salud respectivo y son expedidas por las compañías aseguradoras.

7. Ahora bien, teniendo claro entonces el contexto de los planes de medicina prepagada, la

Sala abordará la tarea de explicar sucintamente la procedencia de la acción de tutela frente a las controversias surgidas de los contratos adicionales de salud.

8. Tal como fue señalado, los contratos de medicina prepagada se rigen por el derecho privado, específicamente las leyes civiles y comerciales, por esta razón, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para resolver los conflictos que surgen de éstos, en general, es la jurisdicción ordinaria la competente para el efecto[11]. Sin embargo, puede ser que por la acción u omisión de los particulares que prestan el servicio público esencial de salud resulten vulnerados o amenazados derechos fundamentales[12], bajo este supuesto, la jurisdicción constitucional es la indicada para resolverlos.

9. Esta procedencia excepcional de la acción de tutela, ha sido justificada por la jurisprudencia de esta Corte[13] básicamente en tres argumentos: (i) porque se trata de personas jurídicas privadas que participan en la prestación del servicio público de salud; (ii) porque los usuarios se encuentran en un estado de indefensión frente a las empresas, pues son estas las que tienen exclusivamente bajo su control el manejo de todos los instrumentos que determinan el uso y disfrute de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales que ofrecen, “hasta el punto que, en la práctica, son ellas las que deciden de manera concreta si cubren o no el respectivo gasto en cada momento de la ejecución del contrato”[14] además, los contratos de medicina prepagada son considerados de adhesión[15], esto significa que sus cláusulas son redactadas por las empresas y no son discutidas con el usuario-contratante, de manera que evidentemente no está en igualdad de condiciones y se convierte en la parte débil de la relación comercial. Por último, (iii) ha sido una posición unánime de la Corte[16] considerar que la vía ordinaria no es idónea ni eficaz para resolver conflictos sobre derechos fundamentales como la vida, la salud y la dignidad de las personas, sobre todo cuando se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable, pues, la decisión podría tardar demasiado frente a una urgente necesidad de alguna prestación de servicios de salud.

La protección del derecho a la salud de los niños y las niñas y el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud prepagados. Reiteración de jurisprudencia.

10. El artículo 44 de la Constitución Política establece que la salud y la seguridad social son derechos fundamentales de los menores[17], al desarrollar este postulado constitucional, la

Corte ha sostenido que se trata de un derecho con carácter autónomo que debe ser garantizado de forma inmediata, prioritaria y eficaz, esto último supone entonces que no es posible oponer obstáculos de tipo legal ni económico para atender las necesidades en salud de los niños, teniendo en cuenta la situación de indefensión en que se encuentran.[18]

11. Además, también ha dicho este Tribunal que esta especial protección que deben recibir los niños, tiene que ser efectiva y no se pueden hacer consideraciones distintas o excepciones por la edad, es decir que si está en riesgo el derecho a la salud de un menor sin importar cuantos años tenga debe recibir una atención prioritaria; así fue señalado en la sentencia T-417 de 2007[19] en la que la Corte aseguró que: “en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda”.

12. Lo que hasta aquí ha sido expuesto también tiene sustento internacionalmente, por ejemplo, la Convención Internacional sobre los derechos del Niño[20], reconoce explícitamente el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y de servicios para el tratamiento de las enfermedades y a la rehabilitación de la salud: “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”. [21]

13. En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977 en su artículo 24 establece: “Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de infante requiera tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

14. En síntesis, es claro que la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara y constante al

señalar que en el caso de los niños la salud y la seguridad social son derechos de carácter fundamental por expreso mandato constitucional, y por lo tanto la acción de tutela es procedente para su amparo, situación que además encuentra pleno respaldo en los tratados internacionales existentes sobre la materia.

15. Ahora bien, es importante tener en cuenta que el derecho a la salud también implica el derecho a la prestación continua, permanente y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación de la salud, tema que ha sido estudiado por la Corte Constitucional en varias ocasiones[22]. En las que, ha reivindicado el derecho de los usuarios frente a las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud, a que cumplan su obligación constitucional y legal de “procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como (...) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados.”[23]

Con base en lo anterior, ha desarrollado dos criterios que sustentan la continuidad en la prestación de los tratamientos médicos en curso, estos son la necesidad del paciente de recibir tales servicios[24], y los principios de la buena fe y la confianza legítima[25]. Igualmente, en la sentencia T-765 de 2008, señaló que en desarrollo de esos criterios, existen ciertos supuestos básicos bajo los cuales no es admisible constitucionalmente que una entidad que presta servicios de salud se abstenga de suministrarlos de manera continua, permanente y oportuna. Ellos son: “(i) que los servicios médicos hayan sido ordenados por el médico tratante adscrito a la entidad en cuestión; (ii) que exista un tratamiento médico en curso, es decir, iniciado con anterioridad a la suspensión del servicio; y (iii) que el mismo médico tratante haya indicado la necesidad de continuar con la prestación de la atención médica requerida por el paciente[26]”

Análisis del caso en concreto.

17. De acuerdo con los hechos narrados y probados durante el proceso, Laura María Cifuentes y Jaime Bronstein actuando como representantes de Jacobo Bronstein Cifuentes instauraron, mediante apoderado judicial, acción de tutela para salvaguardar los derechos de su hijo a la salud y a la continuidad de los tratamientos médicos, los cuales estaban siendo amenazados por Colmédica Medicina Prepagada, empresa a la cual se encuentran afiliados y que aunque en el pasado ya había autorizado al menor intervenciones con toxina

botulínica para la enfermedad que padece, negó el mismo procedimiento en marzo de 2013 argumentando que se trataba de un medicamento para tratamiento ambulatorio que está excluido del contrato suscrito con los accionantes.

Ante esa situación, los jueces de ambas instancias negaron el amparo solicitado pues consideraron que la acción de tutela no era procedente para resolver el conflicto, toda vez que se trata de una relación contractual que se rige por el derecho privado y, son los jueces ordinarios los competentes para el efecto.

18. Pues bien, antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, la Sala debe pronunciarse sobre una cuestión que tiene que ver con la procedencia formal del amparo. El objeto de la acción de tutela que se revisa, es la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la continuidad de los tratamientos médicos de Jacobo Bronstein Cifuentes, quien actualmente tiene 15 años de edad, y necesitaba que le fueran infiltrados en su pierna derecha 300 iu de toxina botulínica, como parte del tratamiento que lleva recibiendo para la hemiparesia espástica derecha (parálisis cerebral) que padece; éste procedimiento en específico tenía una función preventiva, en la medida en que, según lo manifestado por la señora Laura María Cifuentes, si no le era suministrado a tiempo ese medicamento sería necesario realizarle una cirugía, que es un método más invasivo y riesgoso. Con las pruebas decretadas durante el trámite de revisión, la Sala pudo constatar que pese a la medida provisional ordenada, el tiempo transcurrido entre que le fueron recetadas a Jacobo las infiltraciones, y la orden de la Sala de Revisión fue demasiado para poder tratar su condición por esta vía, y fue necesario realizarle una intervención quirúrgica, autorizada por Colmédica Medicina Prepagada y, programada para el pasado 8 de enero de 2014.[28]

19. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que en este caso existe una carencia actual de objeto, que es el fenómeno que ocurre cuando la situación fáctica que dio origen a la acción de tutela o bien ha sido superada y ya no existe riesgo para los derechos fundamentales del peticionario, o la violación a los derechos fundamentales de la persona ocurrió y terminó siendo un daño consumado. Sobre este punto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991[29], establece que cuando se está ante dicha situación la acción de tutela resulta improcedente, excepto si se evidencia que la vulneración a los derechos continúa, y esto es así, porque un pronunciamiento de fondo en el que se protegieran los derechos conculcados carecería por completo de sentido y eficacia.

20. En consecuencia, la Sala estima que la acción de tutela que se revisa carece de objeto, toda vez que el propósito de la misma era precisamente la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la continuidad de los tratamientos de salud, los cuales se pretendían salvaguardar con la infiltración de 300 iu de toxina botulínica en la pierna derecha de Jacobo. Por lo tanto, ante su actual inutilidad en el tratamiento de su enfermedad, y la práctica de una operación en su miembro inferior, esta tutela ha perdido su razón de ser, evidentemente, ante estas condiciones cualquier orden que se emitiera sería completamente ineficaz.

21. No obstante lo anterior, la Sala considera pertinente realizar unas breves consideraciones sobre la efectiva violación de los derechos fundamentales del joven Jacobo, en aras de generar pedagogía constitucional.

22. En primer lugar, la Sala considera que esta es una oportunidad importante para recordarle a Colmédica Medicina Prepagada que los menores de edad se encuentran en condición de vulnerabilidad y por lo tanto reciben una especial protección constitucional, esto significa, que su derecho a la salud debe ser garantizado de forma prioritaria inmediata, eficaz y continua, sin que puedan oponerse razones de carácter legal o contractual para lograr este objetivo.

La manera en que Colmédica Medicina Prepagada asumió el caso de Jacobo no solo es constitucionalmente reprochable, sino que además generó un daño consumado para los derechos del menor y, viola el principio de la buena fe contractual que debe observar en todas las relaciones con sus usuarios. Debe la Sala señalar que tal como lo expresó en la parte considerativa de la presente sentencia, la accionada tiene el deber de continuar con los tratamientos que han iniciado quienes se encuentran afiliados a sus planes, máxime si se trata de niños o jóvenes frente a quienes no se deben ahorrar esfuerzos para que gocen del máximo nivel de salud. Esto significa no suspender de forma abrupta un tratamiento que por su oportunidad, resulta definitivo en el derecho a la salud del menor.

22.1 Adicionalmente, cabe mencionar que la trasgresión del principio de la buena fe contractual por parte de Colmédica M.P., ocurrió con varias actuaciones distintas:

(i) por un lado, generó la confianza a los accionantes, de que la toxina botulínica era un medicamento que se encontraba cubierto por el contrato de medicina prepagada,

pues tal como ha sido señalado a lo largo de la sentencia, en el pasado había autorizado este mismo procedimiento y luego, sin dar ningún tipo de explicación le negó ese tratamiento a Jacobo.

(ii) De otra parte, interrumpió un tratamiento en curso de un menor de edad y le generó un menoscabo en su salud y en sus condiciones de vida, pues se vio obligado a someterse a una cirugía, que es un procedimiento mucho más riesgoso e invasivo.

(iii) Por último, al justificar sus acciones brindó argumentos contraevidentes, esto es claro al leer la respuesta que le dio a los accionantes en la cual afirmó que “nuestra Compañía como un beneficio no contractual ofrecía la cobertura de este medicamento; no obstante, resulta necesario aclarar que dicho beneficio podía ser suspendido en cualquier momento, de tal manera, que a la fecha esta prebenda ya no se encuentra vigente, lo anterior explica la no cobertura del medicamento el pasado 15 de abril de 2013.” Posteriormente, al responder las preguntas que le fueron planteadas en el auto del 3 de diciembre de 2013, afirmó: “es preciso señalar que en la respuesta ofrecida por esta entidad a la señora Laura María Cifuentes mediante comunicación de fecha 15 de mayo del año en curso, se incurrió en una imprecisión al incurrir el párrafo que se insertará más adelante [se refiere al que se acaba de citar], toda vez que la negación obedeció simplemente a que se trataba de una exclusión del contrato de medicina prepagada y no a una interrupción de un beneficio contractual”. También dijo que en un principio había autorizado el procedimiento ordenado a Jacobo de forma intrahospitalaria, pero que ahora, como fue solicitado como parte de un tratamiento ambulatorio no podía autorizarlo por estar expresamente excluido en la cláusula octava del contrato.

22.2 Este tipo de confusiones y de información encontrada es inaceptable, el hecho de que la accionada afirme una cosa al responderle a los actores y otra completamente distinta al atender la solicitud hecha por la Corte es una muestra de la falta de seriedad con la que manejó el caso en estudio, además, aunque afirmó que enviaría la historia clínica del menor que le fue solicitada, esto no ocurrió, y tampoco mostró el historial de autorizaciones de Jacobo, es decir que no hay manera de corroborar que existiera diferencia entre la calidad de las solicitudes hechas de la toxina botulínica.

La Sala quiere llamar la atención a la accionada para que no olvide que antes que un

negocio, la salud es un derecho fundamental que -se reitera una vez más- debe ser garantizado de forma prioritaria eficaz, inmediata y continua a los menores de edad.

22.3 Por lo anterior, la Corte le advierte a Colmédica que lo ocurrido en el caso de Jacobo no puede volver a repetirse, ya que es una clara vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la continuidad de los tratamientos, y por lo tanto, deberá abstenerse en un futuro de interrumpir el tratamiento que necesita el menor para la debida garantía y satisfacción de los derechos mencionados.

23. Habiendo realizado estas consideraciones, la Sala procederá a revocar las sentencias de tutela emitidas por los jueces de instancia, que denegaron el amparo solicitado por los representantes de Jacobo, y en su lugar lo declarará improcedente por carencia actual de objeto.

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias denegatorias de tutela proferidas por el el Juzgado Sesenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá en primera instancia el 22 de julio de 2013 y, el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá en segunda instancia el 27 de agosto de 2013 y, en su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo pedido por Laura María Cifuentes Muñoz y Jaime Bronstein Tisminezky, al haberse encontrado una carencia actual de objeto por daño consumado, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

Segundo.- PREVENIR a Colmédica Medicina Prepagada, para que en lo sucesivo y atendiendo a las consideraciones consignadas en esta providencia, se abstenga de interrumpir los tratamientos médicos que necesitan sus usuarios, especialmente cuando se trata del derecho a la salud de los menores de edad y, respete el principio de la buena fe contractual conforme al cual debe actuar durante toda la ejecución del contrato.

Tercero.- A través de la Secretaria de esta Corporación, COMPULSAR copia del expediente de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en el ámbito de su competencia investigue a Colmédica Medicina Prepagada, con ocasión de la interrupción en la prestación del servicio de salud que requería el joven Jacobo Bronstein Cifuentes, como continuación de un tratamiento preventivo y necesario para su salud, imponiendo de ser el caso, las

sanciones a que haya lugar.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Esta afirmación fue hecha por su médico tratante, tal como consta en la certificación emitida el 8 de abril de 2013, que se encuentra en el folio 77 del cuaderno principal.

[2] El escrito fue recibido el 16 de diciembre de 2013 en la Secretaría de la Corte, y remitido al despacho del Magistrado Sustanciador el 18 de diciembre del mismo año. (Folios 21 a 23 del cuaderno de la Corte). Esta información fue corroborada mediante comunicación telefónica con Laura María Cifuentes, ordenada mediante Auto del 18 de diciembre de 2013.

[3] En esta oportunidad, la Sala seguirá específicamente lo dispuesto sobre el tema en la sentencia T-158 de 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[4] Cuya finalidad es “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de la población al servicio en todos los niveles de atención, bajo la estricta dirección, coordinación, vigilancia y control por parte del Estado, quien tiene la responsabilidad de garantizar una prestación eficiente del mismo.” Sentencia T- 158 de 2010.

[5] Artículo 157 de la Constitución Política.

[6] El artículo 169 de la Ley 100 de 1993, los estipula como Planes Voluntarios de Salud que incluyen coberturas asistenciales o económicas relacionados con los servicios de salud, contratados voluntariamente por los afiliados, quienes los financian con recursos propios diferentes a las cotizaciones obligatorias dispuestas para el régimen contributivo de salud.

[7] Sentencia T-348 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[8] En la ya citada sentencia T- 158 de 2010, se explicaron las características de estos planes de la siguiente forma: “Estos planes, en su conjunto, se caracterizan porque (i) quienes los suscriben deben estar también afiliados al régimen contributivo en salud y, por ello, reciben cubrimientos de algunos servicios no incluidos en el POS; (ii) la prestaciones de los servicios contratados se rigen exclusivamente por las cláusulas del contrato suscrito entre el usuario y la entidad, razón por la cual la relación surgida es eminentemente de derecho privado, aunque tenga ciertas dimensiones públicas, por cuanto involucra la garantía de derechos fundamentales del contratante; (iii) el usuario puede escoger libremente si acude a la EPS o al ente prestador del PAS para solicitar un servicio determinado que se encuentre incluido dentro de las obligaciones de éstas, sin que la entidad que elija para tal efecto, pueda obligarlo a acudir previamente a la otra institución; y, (iv) la concepción del contrato radica en que su celebración se hace para la cobertura integral del servicio de salud, habida cuenta que solo se entienden excluidos los padecimientos del usuario que previa, clara y taxativamente se hayan señalado en las cláusulas del mismo o en sus anexos, sin que sea válido que con posterioridad la entidad pueda ampliar, unilateralmente, el catálogo de exclusiones. No obstante, en materia de pólizas de salud, el contrato limita su cobertura a los riesgos asegurados.

[9] Artículos 23 y 24 del Decreto 806 de 1998.

[10] La Superintendencia Nacional de Salud, en el Manual de “Preguntas sobre derechos y deberes del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud” del año 2002, en el capítulo séptimo indica que en los planes de atención complementaria en salud “[c]ualquier afiliado podrá contratar adicionalmente con la EPS planes complementarios, para tener derecho a algunos servicios no incluidos en el POS, o a la utilización de otras IPS

de su elección, pagando una suma adicional, de acuerdo con el plan que se escoja. Este comprende actividades, intervenciones y procedimientos no indispensables ni necesarios para el tratamiento de la enfermedad y el mantenimiento o la recuperación de la salud o condiciones de atención inherentes a las actividades, intervenciones y procedimientos incluidas dentro del POS”.

[11] Sentencia T-765 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

[13] Ver sentencias T-348 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-867 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza y T-140 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[14] Sentencia T-307 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en la sentencia T-867 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[15] Sentencia SU-039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara.

[16] Sobre este punto la sentencia T-089 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza, sostuvo: “tratándose de la afectación de derechos fundamentales, el juez de tutela, atendiendo a los hechos particulares de un caso, puede entrar a analizar el contenido, la interpretación o el cumplimiento de un contrato determinado, y puede adoptar medidas tendientes a la protección de los derechos fundamentales vulnerados, de manera permanente o de manera transitoria, dependiendo de la claridad de los hechos alegados y de si se requiere el desarrollo de un proceso judicial específico en la jurisdicción correspondiente”

[17] Sobre el desarrollo jurisprudencial de estos derechos, pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, T-1279 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1314 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-270 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-862 de 2007 M.P. Mauricio González Cuervo, T-212 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-604 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-346 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa y T-371 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo.

[18] Ver también sentencia T-973 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[19] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[20] La Convención fue adoptada mediante el Decreto 94 de 1992.

[21] En este sentido ver sentencias T-350 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, y T-165 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[22] Sentencias T-335 de 2006 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-672 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-837 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-765 de 2008 M.P. Jaime Araújo Rentería, entre otras.

[23] Sentencia T-158 de 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[24] Sentencia T-170 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[25] Sentencias T-993 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-573 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-765 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería.

[26] Sobre este punto, se pueden consultar las sentencias T-567 de 2008, T-344 de 2008, T-363 de 2007 y T-138 de 2003.

[27] Cfr. Sentencia T-158 de 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[28] Esta situación fue puesta en conocimiento por parte de la accionante en el escrito enviado a la Sala de revisión radicado el 12 de diciembre de 2013, y remitido al despacho del Magistrado Ponente el 18 de diciembre del mismo año. En este documento expresó: “Debido a la tardanza de la aprobación aquí solicitada que era especialmente PREVENTIVA se ha hecho necesario realizar una operación completa la cual fue autorizada por COLMEDICA la cual desafortunadamente para mi hijo resulta [sic] su exposición a un mayor riesgo. Dicha cirugía se realizará el 8 de Enero del año entrante, habiéndose podido evitar si se hubiera autorizado la medicina hace 9 meses.” (Mayúsculas dentro del texto).

[29] ARTICULO 6º-Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: (...)4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.