

Sentencia T-140-09

(Febrero 27, Bogotá DC)

Referencia: Expediente T- 2.055.966

Accionante: Sandra Constanza Triana en representación de su hijo Juan Pablo Castillo Triana.

Accionado: Salud Colpatria S.A.

Fallo objeto de Revisión: Sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga del 4 de julio de 2008, que confirmó la decisión del Juzgado Primero Civil Municipal de esa ciudad, del 04 de junio de 2008.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

## I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión de la accionante.

1.1. Derechos presuntamente vulnerados: derecho a la igualdad, a la salud y a la seguridad social de un menor - de un mes de nacido al momento de la tutela- con síndrome de Down.

1.2. Vulneración: negativa de Salud Colpatria S.A. de celebrar contrato de medicina prepagada que ampare al menor de edad, por padecer dicha enfermedad congénita.

1.3. Pretensión: se ordene a Salud Colpatria S.A. la celebración del contrato de medicina prepagada y la inscripción del niño Juan Pablo Castillo Triana en el Plan Original de Salud Colpatria Medicina Prepagada S.A. suscrito con la madre.

1.4. Fundamentos-. La pretensión se basa en la violación de los artículos 13 y 44 de la

Carta, ya que la negativa de extender el contrato original de la madre al hijo, esto es, de aceptar al menor en los planes de Medicina Prepagada de esa entidad como beneficiario de la madre, alegando que el síndrome de Down es una enfermedad congénita no amparable, desconoce el deber del Estado de promover la igualdad de las personas ante la ley, la prohibición de establecer discriminaciones o privilegios que nieguen el acceso a un beneficio o restrinjan el ejercicio de un derecho entre ciudadanos, el derecho fundamental de los niños a la seguridad social y el deber del Estado de asegurar que las personas en condiciones de debilidad gocen de las mismas oportunidades de ley, sin discriminación.

## 2. Respuesta de Salud Colpatria S.A. Medicina Prepagada.

2.1. La legislación nacional describe a la medicina prepagada, como un servicio público de interés social, adicional al Plan Obligatorio de Salud, que es regulado por la ley y supervisado por la Superintendencia Nacional de Salud. Tales planes se encuentran instituidos en el ordenamiento legal colombiano, como opcionales y voluntarios, financiados con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria, de responsabilidad exclusiva de los particulares en cuanto al acceso, dado que se trata de un servicio privado de interés público cuya prestación no corresponde al Estado (Decreto 806 de 1998).

Los contratos entre las partes que se celebren en virtud de este tipo de planes, en consecuencia, tienen el objeto de brindar a los beneficiarios que hayan sido incluidos por el contratante y aceptados por la empresa de medicina prepagada, los servicios médicos adicionales al POS, que ellos garantizan. Estos negocios jurídicos, que se derivan de la autonomía privada, se rigen además por las reglas del derecho privado y mercantil, lo que supone que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes y las obliga solamente en lo que allí esté expresamente previsto en él. El Decreto 1570 de 1993, establece como uno de los requisitos previos y de validez de un contrato de medicina prepagada, el diligenciamiento por parte del interesado de la denominada "solicitud de contrato", que la Superintendencia Nacional de Salud ha definido, como el documento con el cual el usuario plasma su mera manifestación sobre la intención que tiene de contratar los servicios de un Plan de Medicina Prepagada para él o para su familia o terceros, lo cual no significa un vínculo, ni lo obliga a una relación con la empresa de medicina

prepagada, ni viceversa. Por ser la relación entre la empresa y el usuario del servicio de carácter privado, la suscripción del contrato está condicionada al cumplimiento de unas condiciones mínimas para que éste pueda cumplir su objetivo, cual es el amparar el riesgo. Por lo tanto, la empresa de medicina prepagada está en libertad de aceptar o no a los posibles beneficiarios del usuario y por tanto de suscribir o no un contrato que los obligue. La autonomía privada precisamente, parte del principio de que los individuos libres pueden, tanto celebrar contratos como no ligarse por nuevas obligaciones.

2.2. En el presente caso, considera la entidad que no se ha presentado ninguna acción u omisión por parte de Salud Colpatria S.A. que signifique la vulneración de derechos fundamentales del niño. Si se entendiera que la no voluntad de celebrar un contrato acarrea la vulneración de algún derecho fundamental, “nos veríamos ante el hecho de que todas las personas naturales y jurídicas estarían obligadas a celebrar contratos en los cuales haya algún tipo de cobertura en salud, vulnerando con ello la autonomía privada, máxime cuando no nos encontramos ante el plan obligatorio de salud”, sino ante un plan privado y voluntario. Además, no se le ha violado al menor Juan Pablo Castillo el derecho fundamental a la salud, por cuanto la madre está afiliada al Régimen Contributivo del ISS, teniendo garantizado el Plan Obligatorio de Salud para el menor, que le asegura acceso a todo el sistema de salud colombiano. Por estos motivos solicita que sea desestimada negativamente la acción de tutela de la referencia.

### 3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. La Sala de Revisión recoge los siguientes hechos y medios de prueba relevantes presentados por la madre del menor, así:

- La señora Sandra Triana Machado, suscribió un contrato de medicina prepagada con Salud Colpatria S.A. desde el 15 de julio de 2005. Ese contrato, en las cláusulas pertinentes, reza lo siguiente:

“CLÁUSULA CUARTA. SOLICITUD DE AFILIACIÓN.

(...)

La calidad de "Beneficiario" se adquiere cuando haya sido suscrito, por las partes, el contrato de prestación de servicios de asistencia médica establecido por la COMPAÑÍA, en la fecha que determine la COMPAÑÍA de acuerdo con el calendario de vigencias y siempre y cuando haya pagado el precio en la forma convenida, se haya realizado el examen médico de ingreso, y haya sido aceptado como usuario por la COMPAÑÍA después de conocer los resultados de dicho examen". (...)

#### "CLÁUSULA QUINTA. INCLUSIÓN DE BENEFICIARIOS.

Las personas cuya inclusión sea solicitada por el CONTRATANTE en cualquier momento de vigencia del contrato, adquirirán la calidad de beneficiarios una vez se cumplan los requisitos establecidos en la cláusula cuarta. PARÁGRAFO PRIMERO. Para efectos de una inclusión tanto para beneficiarios iniciales como posteriores, LA COMPAÑÍA está facultada para solicitarla presentación de las pruebas y exámenes médicos que estime convenientes para determinar el estado de salud de los candidatos. En todo caso, LA COMPAÑÍA se reserva el derecho de aceptar o no la inclusión de nuevos beneficiarios. PARAGRAFO SEGUNDO. Reconocimiento de antigüedad para periodo de carencia de cobertura: LA COMPAÑÍA se reserva el derecho de computar o no el tiempo durante el cual el beneficiario haya permanecido afiliado a otra compañía de medicina prepagada, pólizas de hospitalización y cirugía o planes complementarios, para efectos de periodos de carencia de cobertura previstos en el presente contrato. LA COMPAÑÍA no efectuará, en ningún caso, el cómputo de antigüedad de que trata este parágrafo, para efectos de validar enfermedades, malformaciones congénitas o afecciones preexistentes, definidos expresamente en el presente contrato o en el examen médico de ingreso".

#### "CLÁUSULA DÉCIMA. MATERNIDAD.

(...)

PARAGRAFO TERCERO: La compañía asumen en virtud del presente contrato, los gastos de atención del recién nacido, sea este prematuro o no, durante los primeros treinta (30) días de vida, excluyendo enfermedades congénitas y hereditarias, en las mismas condiciones del contrato vigente para la madre". (Subrayas fuera del original).

## “CLAUSULA TRIGESIMA TERCERA. DEFINICIONES.

Para todos los efectos derivados de este contrato se consagran las siguientes definiciones:

(...)

33.21. PREEXISTENCIA. Se considera preexistencia toda enfermedad, malformación o afección que, de conformidad con el Decreto 1222 de 1994 se pueda demostrar, sobre la bases científicas sólidas, existía a la fecha de iniciación del contrato o vinculación del usuario, bien sea mediante el examen médico de ingreso, por estar incluida en la declaración de salud del beneficiario o por estar incluida en la historia clínica anterior a la vinculación. La demostración de la existencia de factores de riesgo, como hábitos especiales o condiciones físicas o genéticas no podrá ser fundamento único para el diagnóstico a través del cual se califique la preexistencia”. (Subrayas fuera del original).

- Colpatria Medicina Prepagada, autorizó los servicios a recién nacido, desde el día del nacimiento, marzo 19 de 2008, hasta abril 18 de 2008.

- El 10 de abril del 2008, el Laboratorio Higuera Escalante de Bucaramanga envió los resultados del cariotipo realizado al pequeño Juan Pablo Castillo Triana, el cual dio como resultado “la constitución cromosómica del menor correspondiente a la trisomía 21 libre y universal”, conocido como Síndrome de Down<sup>6</sup>. Se adjunta además certificación de la Dra. Martha Lucía Africano que confirma que el menor tiene diagnóstico de Síndrome de Down con cariotipo y que se descartó cardiopatía, por ecocardiograma<sup>7</sup>.

- Según la accionante, una vez acreditado por la entidad prestadora de salud que el niño era portador del Síndrome de Down y respaldándose en el contrato de Medicina Prepagada, la empresa empezó a presionar para que el menor no fuera cubierto por el Plan. De hecho, luego de dos reuniones realizadas con el Director Médico de Salud Colpatria S.A. Medicina Prepagada, este dio sólo dos escenarios posibles para la vinculación del menor a esa entidad: no ser aceptado o ser aplazado por 6 meses y aceptado con exclusiones médicas<sup>8</sup>.

- Según carta del 30 de abril de 2008, se negó por Salud Colpatria S.A. Medicina Prepagada el ingreso al plan original del menor, una vez practicado el examen médico, según Colpatria<sup>9</sup>. La madre afirma que ese examen nunca se realizó<sup>10</sup>. La Carta de no aceptación reza lo siguiente:

“[U]na vez practicado el examen médico de ingreso del niño(a) Castillo Triana Juan Pablo, lamentamos infórmale que Salud Colpatria no acepta su solicitud de ingreso a nuestro Plan Original. De proceder a hacerlo, tendríamos que condicionar su ingreso a un grupo de exclusiones que limitaría la protección integral que procuramos ofrecer a nuestros clientes. Agradecemos la intención de pertenecer a nuestra compañía”.

- Para la madre, a Juan Pablo Castillo Triana le es negado su derecho a ser inscrito en un programa de medicina prepagada, por el simple hecho de sufrir un síndrome, el cuál no es clasificado como enfermedad, sino como síndrome. Eso a su juicio implica discriminación por parte de la entidad que alegó como fundamento adicional una preexistencia cardiaca no probada. La preexistencia para la señora Sandra Triana no aplica en estos casos, ya que no se conocía la condición del menor antes de nacer<sup>11</sup>.

3.2. Entre las pruebas allegadas por Salud Colpatria S.A. Medicina Prepagada, la Sala de Revisión resalta la transcripción de las sentencias C-176 de 1996 y C-274 de 1996 que avalan la constitucionalidad de la existencia de los planes de medicina prepagada diferentes al Plan Obligatorio de Salud y la inspección y vigilancia de estos planes y contratos por la Superintendencia Nacional de Salud.

#### 4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

##### 4.1. Fallo de Primera Instancia.

4.1.1. El Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga, en providencia del 4 de junio de 2008, denegó la acción de tutela de la referencia, por considerar que en el caso de los contratos de medicina prepagada, las empresas prestadoras de servicios de salud cuentan con libertad para autorregularse y los contratos surgen exclusivamente de acuerdos celebrados entre las partes, fundados en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad de cada una de ellas.

4.1.2. Para el fallador de instancia, los derechos a la seguridad social y salud del menor no fueron quebrados por la accionada por el sólo hecho de no haber autorizado la afiliación de su menor hijo, ya que Salud Colpatria S.A. actuó dentro de los parámetros legales y conforme con sus atribuciones contractuales. Además, como la madre se encontraba afiliada al Régimen Contributivo a través de la EPS del Seguro Social, tenía garantizado para ella y para el menor el acceso al Plan Obligatorio de Salud -POS y a las prestaciones propias del sistema de salud colombiano, por lo que no podía invocar la vulneración de los derechos a la seguridad social y a la salud del menor.

Por lo tanto el juez de instancia declaró “fallida” la acción de tutela de la referencia y denegó las pretensiones de la demanda.

## 4.2. Impugnación.

4.2.1. La tutelante impugnó la decisión del Juez Primero Civil Municipal de Bucaramanga, por considerar que con ella se desconoció el hecho de que la momento de tomar el plan de medicina prepagada, no era posible para los padres conocer las enfermedades que pudiera padecer el hijo futuro y consideraron posible la vinculación del menor luego de su nacimiento, como beneficiario de la madre. En ese sentido, alegar para su hijo una preexistencia por padecer Síndrome de Down, significa para la ciudadana someterlo a una discriminación proscrita por la legislación nacional, que debió ser valorada por el juez de instancia, especialmente porque el menor tenía derecho a ser beneficiario en el contrato celebrado por la madre con Salud Colpatria S.A., en virtud del tiempo contractual previsto entre los contratantes.

En el mismo sentido, estima que sí se produjo una violación al derecho a la seguridad social del menor, en la medida en que son los afiliados los que libremente pueden escoger entre acudir al POS o a la Medicina Prepagada y no es la justicia o la empresa accionada, la llamada a decidir a quien se debe acudir, conforme a las sentencias T-181 de 1998 y T-732 del mismo año, de esta Corporación.

Asimismo, alega que las exclusiones a los contratos de medicina prepagada sólo pueden ser aceptadas cuando expresamente figuran en el contrato, circunstancia que no ocurrió en el acuerdo celebrado por la accionante, en la medida en que el Síndrome de Down no fue excluido del contrato de medicina prepagada celebrado originalmente por la solicitante.

Además la empresa, para fundamentar su exclusión, nunca le realizó el examen general de ingreso al menor.

4.2.2. Por las razones anteriores, solicita que se revoque el fallo proferido en primera instancia por el juez de conocimiento y que en su defecto, se le reestablezcan a Juan Pablo Castillo Triana los servicios de salud. Además, que se condene a Salud Colpatria S.A. a cumplir con sus obligaciones, incorporando al menor a su sistema de atención médica y hospitalaria.

#### 4.3. Fallo de Segunda Instancia.

4.3.1. En sentencia del 4 de julio de 2008, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, confirmó la decisión proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de esa ciudad, en el caso de la referencia.

Para el efecto, el fallador del circuito concluyó que el contrato de prestación de servicios de medicina prepagada suscrito entre las partes, se rige por el principio de autonomía de la voluntad, como quiera que es una opción que tienen las personas para obtener beneficios adicionales de salud, asumiendo de manera directa un costo. Debido a la naturaleza de dicho contrato, las partes solo se encuentran obligadas a lo que se encuentre pactado en el y no puede el juez de tutela interpretarlo para crear nuevas obligaciones.

En el caso concreto, considera el juzgado que la inconformidad de la tutelante radica en la negativa por parte de Salud Colpatria S.A., de afiliar como beneficiario a su hijo Juan Pablo Castillo, como quiera que según afirma, este tiene derecho a tal prerrogativa debido a la antigüedad del contrato que ella suscribió con la entidad.

Revisado el contrato de medicina prepagada, encontró el fallador que no existe tal prerrogativa que le permita al menor de edad ser inscrito de manera automática. Por el contrario, se estipuló que para la inclusión de beneficiarios se deberían reunir los mismos requisitos establecidos para el contratante, es decir, quien solicita la afiliación. Más aún, se pactó expresamente que la entidad accionada se reserva el derecho a aceptar o no la afiliación de beneficiarios.

Por tal razón concluye la segunda instancia, que no puede exigírsele a Salud Colpatria S.A. que acepte la afiliación del menor, puesto que no es una obligación a su cargo derivada del contrato. Además, como lo consideró la primera instancia, no existe vulneración de los derechos fundamentales del niño, porque la señora Triana está afiliada a una EPS y cuenta con el Plan Obligatorio de Salud.

Finalmente resalta que la Corte Constitucional en la sentencia T-486 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), indicó que no es reprochable la negativa unilateral de una empresa de medicina prepagada de aceptar la solicitud de afiliación de una ciudadana, por cuanto ello obedece al ejercicio de la autonomía de la voluntad de la entidad privada. En consecuencia, confirmó la providencia del juez de primera instancia.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

Esta Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86, 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. El problema jurídico.

Corresponde a la Corte Constitucional determinar si Salud Colpatria S.A. Medicina Prepagada, vulneró o amenazó los derechos fundamentales del recién nacido Juan Pablo Castillo Triana a la vida, a la seguridad social, a la salud y a la igualdad, al negarse a reconocer al menor como un usuario del plan de medicina prepagada de esa empresa, en calidad de beneficiario del contrato celebrado por la madre con esa entidad, invocando para el efecto la existencia de preexistencias cardiacas y el padecimiento por parte del recién nacido de Síndrome de Down.

Para la madre esa situación es ajena al contrato que ella suscribió con la entidad e implica una discriminación inexcusable en contra de su hijo, proscrita por el ordenamiento, por ser él una persona en debilidad manifiesta, - recién nacido con síndrome de Down- y tratarse de una exclusión genérica, no especificada dentro del contrato de medicina prepagada e imposible de detectar con anterioridad al nacimiento. Además, alega que el Síndrome de Down no es un padecimiento que necesariamente comprometa de manera

generalizada la salud del menor, de forma tal que justifique una negativa de acceso al servicio. Salud Colpatria S.A. por su parte, considera que su decisión de no celebrar el contrato correspondiente, es una atribución legal y legítima, derivada de la autonomía de la voluntad que caracteriza los contratos privados y que la autoriza como entidad, a rechazar la afiliación de usuarios, especialmente porque trata de planes adicionales de salud y no obligatorios.

Con el propósito de resolver el anterior problema jurídico la Sala tendrá en cuenta los siguientes temas de análisis: (i) la procedencia de la acción de tutela para resolver las controversias que se deriven del contrato de medicina prepagada. (ii) El derecho a la salud de los menores. (iii) La naturaleza jurídica de estos contratos de medicina prepagada. (iv) Las reglas jurisprudenciales relacionadas con el alcance y límites de los contratos de medicina prepagada, las obligaciones que surgen de ellos y las preexistencias y exclusiones que se pueden definir por las partes, en especial con ocasión de las enfermedades congénitas, genéticas o hereditarias y las coberturas de los contratos antes mencionados y (v) los alcances y protección constitucional al derecho a la igualdad. Con fundamento en estas reflexiones, la Corte Constitucional determinará si se deben amparar o no los derechos fundamentales del menor Juan Pablo Triana presuntamente vulnerados por Salud Colpatria S.A.

3. Procedencia de la acción de tutela para resolver las controversias que se deriven de los contratos de medicina prepagada.

3.1. El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la posibilidad de promover acciones de tutela contra particulares, en los casos señalados expresamente por el legislador. El numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, autoriza que ello ocurra, cuando se trate, entre otros, de particulares que estén encargados de la prestación del servicio público de salud. Teniendo en cuenta las entidades de medicina prepagada son empresas autorizadas por la ley para la gestión y prestación de estos servicios, en virtud del decreto en mención pueden ser claramente sujetos pasivos de la acción de tutela, por amenaza o vulneración de derechos fundamentales de las personas<sup>12</sup>.

3.2. Como regla general, sin embargo, la Corte Constitucional ha considerado que en los

casos relacionados con los contratos de medicina prepagada, el amparo por vía de tutela es excepcional, por tratarse de controversias que se derivan de acuerdos privados celebrados por las partes, que en principio, deberían ser resueltos mediante acciones ordinarias de carácter civil o comercial. Con todo, esta Corporación ha reconocido que como los contratos de medicina prepagada involucran también la prestación del servicio público de salud, la tutela puede llegar a ser procedente como mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales, cuando como resultado del desbordamiento de la autonomía de la voluntad o de las posición dominante contractual, de estas relaciones jurídicas se genere la violación o amenaza de derechos fundamentales en perjuicio del usuario. Porque, “las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada deben adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, la salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos”<sup>13</sup>.

En este sentido, aunque prima facie se ha expresado que, “el escenario para que se diriman las controversias suscitadas en los contratos de medicina pagada es la jurisdicción ordinaria, pues, en estos casos, se está ante conflictos propios del tráfico jurídico inter privados que giran en torno al alcance de los derechos y las obligaciones que surgen para las partes con ocasión de las cláusulas pactadas<sup>14</sup>”, también se ha admitido la defensa de los derechos fundamentales del usuario por vía de tutela, ante la ineficacia de los medios ordinarios de defensa judicial, cuando la celebración o ejecución de estos contratos involucra la efectividad y eficacia de los derechos fundamentales enunciados.

De este modo, la Corte ha concedido acciones de tutela interpuestas contra entidades que ofrecen planes de medicina prepagada cuando dichas entidades se niegan a cubrir tratamientos para enfermedades alegando que se trata de preexistencias no declaradas en el respectivo contrato o cuando han suscrito los planes respectivos y han recaudado los pagos correspondientes a personas que no cumplen con el requisito previo de estar afiliados al régimen obligatorio de salud, entre otras razones.

3.3. Aunque el amparo constitucional fue consagrado por el Constituyente como un mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales

presuntamente vulnerados por la acción y omisión de autoridades públicas o particulares y “sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”<sup>15</sup> o ante un perjuicio irremediable, tal consideración se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado debe ser idóneos, es decir, aptos y efectivos para obtener la protección oportuna y requerida en la protección del derecho fundamental<sup>16</sup>. La idoneidad de los medios de defensa alternativos se debe evaluar, entonces, en atención al contexto particular de cada caso, para así determinar si realmente existen opciones eficaces de protección que hagan improcedente la tutela<sup>17</sup>, en las circunstancias en que se encuentre un peticionario.

Ha dicho la Corte en ese sentido, que “únicamente son aceptables como medio de defensa judicial, para los fines de excluir la acción de tutela, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho; es decir, no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado”<sup>18</sup>.

3.4. En este caso, considera la Sala de Revisión que la vía judicial ordinaria no es apta para decidir el conflicto entre las partes, por cuanto más allá de la posible relación contractual que medie entre ellas, uno de los aspectos relevantes en el plano constitucional relacionado con el problema jurídico que se desprende del caso, es la aparente afectación del derecho a la igualdad y al acceso a la seguridad social en salud de un niño menor de edad, a quien en ejercicio de la libertad contractual, una entidad prestadora de servicios de medicina prepagada se ha negado a afiliarse como usuario, en calidad de beneficiario de su madre. Esa situación en concreto, no goza de un mecanismo directo de protección por vía ordinaria que sea eficaz y que eventualmente suponga una protección real a la igualdad del menor, porque incluso podría invocarse la inexistencia de una relación contractual.

En consecuencia, considera la Corte Constitucional que es la tutela medio conducente para la defensa judicial de los derechos fundamentales del menor Juan Pablo Castillo Triana a la salud, igualdad y a la seguridad social presuntamente vulnerados por la entidad accionada. Así, procederá la Sala al estudio de fondo del caso de la referencia.

4. El derecho a la salud y a la seguridad social de los niños es un derecho fundamental.

4.1. Conforme con el artículo 44 de la Constitución Política, son fundamentales los derechos de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, entre otros. Se trata de derechos fundamentales de carácter independiente y autónomo<sup>19</sup>, que prevalecen frente a los derechos de los demás y cuentan con su protección inmediata por parte del juez constitucional<sup>20</sup>.

4.2. En lo que respecta al derecho a la salud, la Convención Sobre Derechos del Niño, -Ley 12 de 1991-, reconoce el derecho de los niños al disfrute del más alto nivel posible de salud y de los servicios requeridos para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados parte se han comprometido entonces, a asegurar la plena aplicación de este derecho y a adoptar las medidas apropiadas para 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 en salud. En cuanto al derecho de los niños a beneficiarse de la seguridad social, la Convención dispone que las prestaciones derivadas de la seguridad social deben concederse teniendo en cuenta los recursos y la situación del menor, y de las personas que tienen a su cargo el cuidado del mismo (art. 26). Es por esto que en materia de seguridad social y en particular con relación a los niños:

“El Estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, debiendo adelantar una política de especial atención hacia ellos”.<sup>21</sup>

4.3. La Corte ha establecido, además, que la protección constitucional al derecho a la salud, no solo procede para resguardar el derecho a la vida entendida como simple existencia biológica, sino que ésta debe considerarse dentro de una dimensión mucho más amplia, que permita a su titular llevar una vida digna con un estado de salud lo más alejado posible del sufrimiento y del dolor; es decir, que los derechos a la vida y a la

integridad física deben interpretarse conforme al principio de dignidad humana, teniendo en cuenta los componentes de calidad de vida y condiciones de subsistencia del individuo y por ello es procedente la acción de tutela para garantizar la vida en condiciones dignas sin importar el nivel de gravedad de su afectación.

Así, puede indicarse que cuando una patología tiene incidencia notoria en la salud y autoestima del niño, a pesar de que su vida no se encuentren en riesgo y se le niega el servicio de salud con que se persigue establecer, remediar o mitigar su afección, se atenta contra su derecho fundamental a la salud, contra la garantía constitucional de la vida en condiciones dignas y contra el derecho que tiene a desarrollarse físicamente igual a cualquier persona, en contravención directa del artículo 44 constitucional, situación ésta que autoriza al juez de tutela para proteger por esta vía sus derechos<sup>22</sup>.

4.4. Por otra parte, las entidades públicas y privadas que desarrollan programas o tienen responsabilidades relacionadas con asuntos de menores - según el artículo 20 del Decreto 2737 de 1989 - Código del Menor -, entre las que están incluidas las Empresas Promotoras de Salud E.P.S., las empresas de medicina prepagada y las instituciones médicas, bien sean públicas o privadas -, deben tener siempre presente, por encima de cualquier otra consideración, el interés superior del menor.<sup>23</sup> Se trata de un concepto relacional, que parte de la hipótesis de la existencia de intereses en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la prevalencia de los derechos de los niños. De esta manera, el interés superior del menor se erige como un principio de naturaleza constitucional que guía la interpretación y definición de otros derechos.

4.5. En suma, del reconocimiento del carácter fundamental y prevalente de los derechos de los niños, y del interés superior del menor como un principio constitucional que guía la interpretación de otros derechos, se deriva la obligación de las entidades públicas y privadas que desarrollan actividades relacionadas con los niños, de propender para la garantía y realización efectiva de sus derechos fundamentales, aún ante obstáculos de tipo económico y administrativo.

5. El derecho a la igualdad y su marco constitucional.

5.1. El respeto constitucional por la dignidad humana (C.P. art. 1) impone a las autoridades

el deber de adoptar las medidas necesarias para que todas las personas puedan lograr el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales (C.P. art. 2.). En tal sentido, la garantía del derecho a la igualdad resulta ser un presupuesto necesario para lograr la autorrealización personal, en la medida en que promueve como reconocimiento al valor intrínseco de todo ser humano, un trato sin distinciones injustificadas entre personas por parte del Estado, y el ejercicio de los derechos y libertades en condiciones de igualdad.

Internacionalmente, múltiples convenios de derechos humanos se han unido a tal reconocimiento. Los ratificados por Colombia y que prevalecen en el orden interno de conformidad con el artículo 93 de nuestra Constitución<sup>24</sup>, han consagrado el respeto y protección del derecho a la igualdad, así: La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>25</sup> (Art. 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 3)<sup>26</sup>; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 24)<sup>27</sup>; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona<sup>28</sup>, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>29</sup> (Art. 1º y 24) y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial<sup>30</sup> (Artículo 5º)<sup>31</sup>, entre otros.

5.2. En la Constitución colombiana, el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta, permite que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades sin que éstos puedan ser restringidos o eliminados por razones de raza, sexo, religión, ideología, etc. Ese artículo de la Constitución, que prohíbe además la discriminación, consagra el deber del Estado de promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, y le otorga la facultad de establecer ventajas o beneficios a grupos marginados o discriminados, a fin de proteger a quienes por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

La igualdad así entendida, puede ser concebida en nuestro ordenamiento como un principio constitucional, - que se proyecta sobre todo el sistema social y que sirve en la interpretación normativa de los derechos y libertades establecidos en la Carta<sup>32</sup> -, así como un derecho fundamental amparable mediante tutela.

Conforme al texto constitucional que se describe, el derecho constitucional a la

igualdad íntegra en su contenido, diferentes acepciones relevantes. Entre ellas, la noción de igualdad ante la ley (que garantiza un trato igual entre iguales); la igualdad material (que permite que sean constitucionalmente admisibles las diferenciaciones razonables y justificadas entre diversos) y por último, el reconocimiento eventual a un trato desigual más favorable para minorías<sup>33</sup>. De hecho, la llamada igualdad material, supone un compromiso del Estado en el diseño y ejecución de políticas<sup>34</sup> destinadas a la superación de las barreras existentes para algunas personas que por vulnerabilidad, no logran realmente integrarse en la vida social, política, económica o cultural, en condiciones de igualdad<sup>35</sup>. Es por esto que la igualdad constitucionalmente protegida, no pretende “una equiparación matemática o ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos sin importar las diferencias fácticas”<sup>36</sup>. En el Estado Social de Derecho, el derecho a la igualdad trasciende los imperativos clásicos de la igualdad ante la ley y obliga al Estado a detenerse en las diferencias de hecho que existen entre las personas. De allí que la Carta proponga un concepto de derecho a la igualdad relacional, cuyo contenido se concreta al evaluar dos o más situaciones jurídicas, dado que se trata del derecho subjetivo a obtener un trato igual en situaciones de hecho iguales, o un trato distinto cuando ello lo amerite.<sup>37</sup> Por ende, la protección a la igualdad no resulta ajena al establecimiento de diferencias en el trato, ni toda desigualdad constituye en sí misma una violación del derecho enunciado, si tales diferencias están fundadas en la conocida regla de justicia que exige “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”<sup>38</sup>.

5.3. Ahora bien, el derecho que se describe prohíbe evidentemente la discriminación<sup>39</sup>. Esa noción ha sido entendida por esta Corporación<sup>40</sup> como “la conducta, actitud o trato que pretende, consciente o inconscientemente, anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando con frecuencia a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”<sup>41</sup>. La discriminación entonces, puede ser directa o indirecta. La indirecta ocurre, cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación. Un ejemplo de ello podría

ser el exigir un requisito particular para el acceso a un cargo público, que siendo aparentemente neutro, excluya en la realidad a un grupo poblacional específico, etc.

La discriminación directa por su parte, se presenta cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, etc. Tales criterios a los que alude la norma constitucional (Art. 13 C.P.), no son categorías taxativas, de manera tal que está proscrita en general, toda diferenciación arbitraria por cualquier razón o condición social<sup>42</sup>. A estas categorías se les ha dado el nombre en la doctrina constitucional contemporánea de “categorías sospechosas”, ligadas generalmente a razones “históricamente asimiladas a prácticas discriminatorias”<sup>43</sup>. Por ende ha dicho la Corte que tales categorías se fundan generalmente en: “(i) rasgos permanentes de la persona, de la cuál ésta no puede prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) se trata de características que han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen, per sé, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”<sup>44</sup>. Esta Corporación en Sentencia T-826 de 2004<sup>45</sup> afirmó frente a la discriminación en razón de la discapacidad, lo siguiente:

“Es más, aunque el artículo 13 superior no menciona explícitamente la discapacidad como un criterio “sospechoso” o constitucionalmente prohibido para limitar los beneficios a las personas, es claro que, conforme a los criterios desarrollados por esta Corte y por la doctrina internacional de derechos humanos, la discapacidad es un criterio prohibido para establecer diferencias en contra de las personas. (...) Ahora bien, el caso de los discapacitados es paradigmático, ya que concurren en el tres de los factores que determinan criterios diferenciadores como sospechosos: la inmodificabilidad de los rasgos externos determinada por la manifestación de la propia discapacidad, una historia de discriminación caracterizada por el aislamiento y la segregación, y finalmente, una propensión social a desarrollar sentimientos de rechazo de temor o de desconfianza ante la manifestación de la diferencia. Y es que en gran medida, el problema de los discapacitados es el contexto social, pues los efectos negativos de los impedimentos físicos o síquicos derivan mucho más de la existencia de entornos sociales intolerantes, que de las afectaciones síquicas o físicas. En cierto sentido, es la sociedad la

que ha sido minusválida al carecer de la capacidad de integrar a las personas que presentan algún impedimento físico o psíquico. El gran cambio frente a la discapacidad de las últimas décadas ha consistido precisamente en reconocer ese hecho elemental, a saber, que “un medio social negativo puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad. Y la conclusión obvia es que es entonces necesario transformar esos entornos sociales discriminatorios e intolerantes en ambientes favorables a la integración y al desarrollo con dignidad de los discapacitados.”

Justamente para establecer cuando existe una diferenciación legítima entre personas o cuando se trata de una discriminación proscrita por la Carta, la doctrina constitucional ha establecido el llamado juicio de razonabilidad<sup>46</sup>. Según él, el trato diferenciado no constituye una discriminación, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: (i) que el trato distinto se funde en una diferenciación de los supuestos de hecho; (ii) que el trato diferente tenga un fin aceptado constitucionalmente; (iii) que los medios propuestos para obtener ese fin sean adecuados y razonables (útiles, necesarios y apropiados) para la consecución del fin propuesto y (iv) que se aplique el principio de proporcionalidad, que tiene como objeto que las imposiciones o cargas que establece una medida, sean proporcionadas al fin propuesto; esto es, que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados o limitados de manera desproporcionada<sup>47</sup>. En el caso en que no se acrediten estos supuestos, la diferencia de tratamiento será arbitraria<sup>48</sup>, por lo que resultará ajena en principio a la Carta Política.

5.4. Por otra parte, viola el principio de igualdad y conduce a la discriminación<sup>49</sup>, la omisión injustificada del Estado de ofrecer un trato especial a las personas con debilidad manifiesta, cuando ellas requieran medidas de protección especial. En este sentido, el principio de igualdad exige frente a las personas que se encuentran en situación de desventaja, un esfuerzo por parte del Estado para superar las condiciones de marginación o exclusión que inciden en el goce de sus derechos, mediante políticas que puedan ser diseñadas para controvertir tal situación. Como lo explicó la Corte en la sentencia T-117 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la omisión injustificada del trato especial al que tienen derecho ciertos grupos de personas, privándolas

injustificadamente de los beneficios, ventajas y oportunidades, puede dar lugar también a una discriminación por omisión.

De este modo, en distintas sentencias relacionadas principalmente con las personas con discapacidad<sup>50</sup>, la Corte Constitucional ha indicado que ante la necesidad de brindar un trato especial a las personas pertenecientes a los grupos vulnerables, la omisión de ese trato, puede significar una discriminación, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en tales casos, permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran esas personas, se perpetúe, comprometiéndose con ello su participación e integración social en igualdad de condiciones.

En el caso en que la discriminación se de a consecuencia de una omisión de trato más favorable, el juez constitucional debe verificar en la práctica, entre otros aspectos: (i) la existencia de la omisión por parte de la autoridad pública o de un particular; (ii) la afectación de los derechos de una persona con limitación por ese hecho y (iii) la conexidad directa entre el acto omisivo, y la restricción injustificada de los derechos, libertades u oportunidades de la persona afectada<sup>51</sup>.

5.5. En conclusión, si ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente a personas ubicadas en idénticas condiciones, es claro que se ha producido una violación del derecho a la igualdad. Paralelamente, cuando se omite injustificadamente por el Estado el deber de dar protección especial a personas en condición de vulnerabilidad, también se viola este principio. No obstante, esa misma precisión permite asegurar que es viable constitucionalmente, que se le pueda dar un trato preferente a grupos minoritarios, discriminados o en circunstancias de debilidad manifiesta, cuando ello sea necesario para asegurar su derecho a la igualdad real y al goce efectivo de sus derechos fundamentales.

6. Los planes de medicina prepagada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

6.1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud, creado por la Ley 100 de 1993, estableció un conjunto de reglas y principios que regulan la prestación del servicio público de salud y la organización y funcionamiento de las entidades encargadas de administrarlo. La prestación de la salud es un servicio público, cuya organización,

dirección, control y vigilancia corresponde expresamente al Estado (CP arts 49 y 365), quien tiene la responsabilidad de garantizar una prestación eficiente del mismo (CP art. 365) a fin de que todas las personas puedan acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (CP art. 49). El propósito del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en consecuencia, fue el de crear las condiciones propicias para lograr el acceso de toda la población a los distintos niveles de atención en salud, con arreglo a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación, equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad.

6.2. Los afiliados al régimen contributivo dentro del Sistema, tienen derecho a los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S. Además, pueden contratar con Planes Adicionales de Salud denominados P.A.S., que según el artículo 18 del Decreto 806 de 1998, resultan ser un conjunto de beneficios opcionales al POS, contratados de manera voluntaria, que garantizan una mayor atención frente a las actividades, procedimientos o intervenciones de hotelería o tecnología propuestas por el Plan Obligatorio. Los P.A.S. pueden ser de tres tipos: planes de atención complementaria en salud, planes de medicina prepagada y pólizas de salud.

6.3. En el caso de los planes de medicina prepagada, los artículos 169 de la Ley 100 de 1993 y 18, 19 y 20 del Decreto 806 de 1998, junto con los Decretos 1570 de 1993 -modificado por el Decreto 1486 de 1994-, y el 1222 de 1994, regulan su régimen legal. El numeral 1 del artículo 1º del Decreto 1570 de 1993 -modificado-, indica que la medicina prepagada es el sistema organizado y definido por las entidades autorizadas por la ley, "para la gestión de la atención médica, y la prestación de los servicios de salud y/o atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado. Es consecuencia, la medicina prepagada resulta ser un Plan Adicional de Atención en salud que hace parte del sistema de seguridad social en salud y que se suministra, dentro de un esquema de contratación particular y voluntaria, con recursos distintos de las cotizaciones obligatorias de la seguridad social. El usuario que tiene la capacidad económica para acceder voluntariamente al pago de una protección mayor en salud, -respecto de sí mismo y su núcleo familiar-, contrata entonces de manera privada con

una entidad de medicina prepagada, el acceso a servicios de salud, que se sugieren como de mayor cobertura o calidad, frente al plan básico (P.O.S.) entregado por las E.P.S52.

Esta Corporación ha señalado que la posibilidad de ofrecer y, a su vez, de ser beneficiario de un P.A.S. es constitucionalmente admisible y no significa una vulneración de la igualdad de los usuarios. En efecto, en la sentencia C-599 de 1998, la Corte analizó si a través de la figura de los planes complementarios, el Estado podía sustraerse a la prestación de servicios dirigidos a la atención integral de la salud de los colombianos. Para esta Corporación las normas que establecen la posibilidad de ofrecer y recibir planes complementarios al POS, serán admisibles constitucionalmente siempre que ello “no implique una sustitución del Plan Obligatorio por el Complementario, ni el traslado de la responsabilidad propia de aquél a éste” 53. Así, el servicio prestan tales planes resulta ser un servicio privado de interés público, de responsabilidad exclusiva de los particulares, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria, y que no le corresponde prestar al Estado, aunque se encuentra sometido necesariamente a su control y vigilancia (artículo 18 del Decreto Reglamentario 806 de 1998).

Ese control y vigilancia del Estado se fundamenta, de acuerdo con lo expuso la Sentencia C-176 de 1996, en que se trata de una actividad que involucra la intervención del Estado en la economía, la inspección y vigilancia de una profesión que, como la medicina, es de riesgo social; la regulación, control y vigilancia del servicio de salud y al sometimiento a la especial intervención del gobierno por tratarse de una actividad que involucra el manejo de recursos captados del público54. En efecto, la medicina prepagada, sin importar su denominación técnica, constituye una forma de actividad aseguradora de riesgos médicos, que maneja recursos captados del público, por lo cual, conforme al artículo 335 de la Constitución, se trata de una actividad de interés público en el cual el control estatal es más intenso55.

7. Reglas jurisprudenciales relacionadas con el alcance y límites del contrato de medicina prepagada.

7.1. La naturaleza de los contratos de medicina prepagada.

7.1.1. El contrato de medicina prepagada es un contrato de adhesión entre el usuario y la entidad prestadora del servicio de salud, en el que el primero se obliga a la cancelación de una suma periódica o precio y, la empresa, en contraprestación, se compromete a la atención médica incluida en un plan de salud preestablecido y consignado en el contrato correspondiente, bajo unas cláusulas y condiciones que generalmente no discutidas con anterioridad por las partes sino preestablecidas por una de ellas, en los términos aprobados por la Superintendencia Nacional de Salud. El contrato reúne como características generales, que es privado, bilateral, oneroso, aleatorio, principal, consensual y de ejecución sucesiva en los términos del Código Civil. En la sentencia SU-039 de 1998 (M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara) se dijo al respecto que:

“El contrato de servicios que suscribe una entidad de medicina prepagada y una persona interesada en obtener beneficio directo o el de terceros, o de ambos, con destino a fijar los derechos y las obligaciones que se derivarán de la gestión de ese servicio, puede comprender el servicio relacionado con la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta externa, general y especializada, en medicina diagnóstica y terapéutica, hospitalización, urgencias, cirugía, exámenes diagnósticos y odontología. (D. 1570/93, arts. 1o., num.6o, y 6, nums. 1o. y 2o.).

La sujeción a los límites instaurados por la intervención estatal para el desarrollo de esa actividad, determina que el contenido de dichos contratos deba ser aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud, al igual que los planes de salud que con ellos se ofrezcan (D.1750/93, art. 15, num. 1o.-4o.). Así pues, los acuerdos sobre las prestaciones y obligaciones contraídas por cada parte, tienen que gozar de claridad en sus términos, según el régimen contractual que trae el Decreto 1750 de 1.993 -en concordancia con las modificaciones introducidas por el Decreto 1486 de 1.994, arts. 7 y 8- y las demás disposiciones legales que los regulen, so pena de presentar una ineficacia en la estipulación respectiva, derivándose como consecuencia esencial su obligatorio cumplimiento, en el entendido de que constituyen una ley para las partes”. (Subrayas fuera del original).

7.1.2. Como en cualquier contrato legalmente celebrado, el de medicina prepagada resulta ser ley para los contratantes que por él se obligan<sup>56</sup>. Además se

rige por las normas de derecho privado de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, y está sometido a disposiciones de orden público y de rango constitucional. El Decreto 1570 de 1993 define claramente el contenido de este tipo de contratos y establece, como exigencias que deben cumplir los mismos, entre otras: la modalidad, el término de la vigencia de la relación, el precio acordado, su forma de pago, el nombre de los usuarios, las tarifas vigentes de los servicios y las declaraciones de salud del contratante<sup>57</sup>. Atendiendo la naturaleza estrictamente privada de los mismos, la Corte Constitucional ha sido consistente en reiterar que las entidades de medicina prepagada deben estipular expresamente en sus cláusulas contractuales aquellos procedimientos, tratamientos y medicamentos que la entidad de medicina va a suministrar y los que no. Las partes, en consecuencia, deben sujetarse con rigor a las obligaciones que se encuentren consagradas en el contrato y los acuerdos que lo complementen o modifiquen.

7.1.3. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que existe una parte fuerte y una débil en la relación contractual relacionada con la medicina prepagada. Sumado al hecho de tratarse de un contrato de adhesión<sup>58</sup>, las empresas de medicina prepagada tienen bajo su control directo el manejo de todos los instrumentos que inciden en el disfrute efectivo de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales de usuario, razón por la cual resultan ser sujeto dominante de la relación contractual. Por el contrario, los usuarios, dadas las circunstancias de apremio en las que en general formulan sus demandas de servicio, conforman la parte débil del convenio.

7.1.4. Las relaciones jurídicas que se generan entre los afiliados y las empresas de medicina prepagada, a pesar de estar enmarcadas dentro de las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se rigen por el derecho privado y por los principios generales del derecho aplicables a la celebración y ejecución de tales contratos, especialmente, los principios de autonomía de la voluntad y de buena fe, dado que su fundamento es la libre voluntad en la contratación. En la celebración, interpretación y ejecución de los contratos de medicina prepagada, entonces, son exigibles todas y cada una de las disposiciones civiles y mercantiles pertinentes, así como los principios que rigen la teoría general del negocio jurídico. Estos acuerdos, en consecuencia, se gobiernan por normas civiles y comerciales y se desarrollan bajo el

presupuesto del ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada<sup>59</sup>. La Corte Constitucional a ese respecto ha precisado, que las actividades que adelantan las empresas de medicina prepagada se fundamentan en dos supuestos:

“1.) el ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada dentro de un marco de libertad de acción limitada, únicamente, por el bien común, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación, sin condicionamientos para su realización en materia de expedición de permisos previos o requisitos no autorizados legalmente y 2.) La prestación de un servicio público, como es el de salud, que ligado a su condición de actividad económica de interés social, está sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado para precisar sus fines, alcances y límites, a través de la Superintendencia Nacional de Salud.<sup>60</sup>”.

De esta manera, la relación contractual entre una empresa de medicina prepagada y un usuario es eminentemente de derecho privado. Con todo, por consistir en la prestación de un servicio público e involucrar la garantía de derechos fundamentales del contratante, la Constitución también tiene fuerza normativa vinculante para las partes.

## 7.2. De la celebración y ejecución del contrato de medicina prepagada.

7.2.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado en diferentes oportunidades, algunos reglas que se estiman importantes en la relación a los contratos que celebran las empresas de medicina prepagada y sus usuarios, así<sup>61</sup>:

(i) Con anterioridad a la celebración de un contrato de medicina prepagada, la compañía contratante tiene la obligación de practicar a los futuros usuarios, los exámenes médicos para determinar con claridad las enfermedades o dolencias que por ser preexistentes, van a ser excluidas de sus contratos.

Según el Decreto 806 de 1998, artículo 21, “[p]ara efectos de tomar un PAS la entidad oferente podrá practicar un examen de ingreso, previo consentimiento del contratista, con el objeto establecer en forma media el estado de salud de un individuo, para encauzar las políticas de prevención y promoción de la salud que tenga la institución respectiva

y de excluir algunas patologías existentes”<sup>62</sup>. La empresa de medicina prepagada puede solicitar a los afiliados con antelación a la firma del contrato la realización de un examen médico que permita identificar las exclusiones y las preexistencias del afiliado, las cuales deben definirse en forma clara y expresa para determinar las enfermedades o patologías que al momento de contratar se padecen y, por tanto, que se incluyen como objeto de los servicios y que no van a ser amparadas<sup>63</sup>. Las excepciones a la cobertura que se registren en el contrato, deben derivarse del examen médico previo a su celebración que se realice, el cual puede ser objetado, en caso de duda o desacuerdo<sup>64</sup>. Por lo tanto, todas las enfermedades no diagnosticadas como resultado de dicho examen no podrán ser consideradas preexistencias, y deberán ser tratadas y atendidas médicamente por la entidad<sup>65</sup>. El propósito de este examen es, en consecuencia: (1) detectar los padecimientos de salud que constituyan preexistencias; (2) determinar su exclusión expresa de la cobertura del contrato; y (3) permitir que el usuario decida si bajo estas condiciones -es decir, la exclusión de las preexistencias del contrato- persiste su intención de celebrar el convenio<sup>66</sup>.

(ii) El acuerdo de voluntades mediante el cual se celebra el contrato de medicina prepagada debe fundarse tanto en el principio de buena fe como en la confianza mutua entre contratantes<sup>67</sup>.

Tanto en la etapa precontractual como en la ejecución contractual, las partes están sometidas al acatamiento del principio de buena fe. En la sentencia SU-039 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara) la Corte recordó al respecto lo siguiente:

“Comoquiera que la celebración de un contrato de esa clase se desarrolla dentro del campo de los negocios jurídicos en la forma de un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos, lo que supone un desarrollo bajo la vigencia de los principios generales que los informan, como ocurre con el principio de la buena fe que no sólo nutre estos actos sino el ordenamiento jurídico en general y el cual obtiene reconocimiento expreso constitucional en el artículo 83 de la Carta Política de 1991, como rector de las actuaciones entre los particulares, significa que, desde su inicio y especialmente durante su ejecución, al incorporarse el valor ético de la confianza mutua<sup>68</sup> en los contratos de medicina prepagada, se exige un comportamiento de las partes que permita brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción

de las prestaciones acordadas.”

A juicio de la Corte, una compañía de medicina prepagada desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales y pone en peligro la salud y la vida de los usuarios, cuando se niega a autorizar -a su cargo- la prestación de servicios, la práctica de operaciones y la ejecución de tratamientos y terapias referentes a enfermedades no excluidas expresamente en el contrato. Tal comportamiento resulta altamente lesivo del principio de la buena fe inherente a todo servicio público (artículo 83 C.P.), y es un peligroso instrumento contra los derechos fundamentales de las personas, quienes, quedan totalmente a merced de la compañía con la cual han contratado<sup>69</sup>. La Corte ha expuesto múltiples veces, que los contratos de medicina prepagada, -como todos- pero en mayor grado éstos por razón de su objeto, deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe<sup>70</sup>. A este respecto, la Corte Constitucional ha precisado<sup>71</sup>:

“El contrato de medicina prepagada (1) se rige bajo los principios de libertad y buena fe contractual (art. 83 C.N.), en todos los estadios del proceso de contratación. Al suscribirse el contrato de afiliación al servicio (2) se deben especificar de manera expresa, taxativa y particular las enfermedades o afecciones -preexistencias- que, de acuerdo a la relación contractual, se van a excluir de la cobertura del seguro y de la obligación de prestación de determinados servicios, debido a que son preexistentes a la entrada en vigencia del negocio jurídico. Para garantizar lo anterior, (3) se necesita de exámenes lo suficientemente rigurosos como para establecer con exactitud las preexistencias respecto de las cuales no se dará cubrimiento médico alguno. A partir de todo esto, el individuo que suscribe el contrato, cuya intención es acceder a una serie de servicios, y la entidad que ofrece el plan de medicina, que tiene un interés económico, (4) deben actuar bajo el supuesto de una confianza mutua que permita que, desde el inicio de la relación jurídica, se establezcan las reglas que van a determinar todo el proceso de ejecución contractual. Esto permite brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas”. (Subrayas fuera del original).

De acuerdo con el artículo 20 del Decreto 806 de 1998<sup>72</sup>, los contratos para la prestación de los servicios adicionales de medicina prepagada no pueden ser celebrados ni renovados

con personas que no se encuentren afiliadas al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o de beneficiarios.

La omisión de dicha obligación, como indica el párrafo del mismo artículo, conduce a que la empresa de medicina prepagada deba responder por la atención integral en salud que sea demandada<sup>73</sup> con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los contratantes del plan y sus beneficiarios.<sup>74</sup> La norma se orienta a asegurar que quienes hayan contratado planes adicionales de salud no queden desprotegidos por ese hecho, ante aquellos riesgos que por cualquier motivo, no sean cubiertos por los planes de medicina prepagada<sup>75</sup>.

En este contexto, cuando una mujer usuaria de un plan de medicina prepagada, a la que la empresa prestadora del servicio nunca le haya exigido afiliarse a una E.P.S., dé a luz a un bebé, la empresa de medicina prepagada, de conformidad con el párrafo del artículo 20 del Decreto 806 de 1998, deberá garantizar la atención integral en salud que requiera tanto la madre como el menor, pero respecto de este último la atención se limitará al lapso de tres meses, de conformidad con una reciente sentencias de esta Corporación en la materia<sup>76</sup>.

(iv) Las empresas de medicina prepagada deben dar cumplimiento estricto a todas las cláusulas del contrato suscrito con el usuario para la prestación de los servicios de salud.

Las empresas de medicina prepagada en el marco de dicho contrato, deben emplear la debida diligencia en la prestación de la atención médica que el afiliado requiera, a fin de que recupere o mejore su estado de salud, o prevenga la aparición de nuevos padecimientos<sup>77</sup>.

(v) Se entienden excluidos del objeto contractual, única y exclusivamente aquellos padecimientos del usuario que previa, expresa y taxativamente se encuentren mencionados en las cláusulas de la convención o en sus anexos, cuando sean considerados por los contratantes como preexistencias<sup>78</sup>.

Se conoce, como “preexistencia” la enfermedad o afección que ya venía aquejando al paciente en el momento de suscribir el contrato, y que por ese hecho, no se incluye como

objeto de los servicios, es decir, no se encuentra amparada por el contrato suscritos por las partes.

Las excepciones de cobertura de servicios a las que se hace referencia, no pueden estar señaladas en forma genérica en el contrato de medicina prepagada, como por ejemplo, incluir “todas las enfermedades congénitas o todas las preexistencias”, pues la compañía de medicina prepagada tiene la obligación de determinar, por medio del examen previo a la suscripción del contrato, “cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario.”<sup>79</sup> Lo cual solamente puede hacerse, a juicio de la Sala, a partir de un riguroso examen previo a la celebración del contrato<sup>80</sup>. De ninguna manera este tipo de padecimientos -no incorporados concretamente en el contrato y sus anexos como exclusiones-, pueden ser considerados preexistencias oponibles al afiliado. De hecho, se presume la buena fe del paciente al momento de suscribir el contrato, y en consecuencia, le corresponde a la empresa probar que el contratante tenía conocimiento de su enfermedad al momento de obligarse<sup>81</sup>.

La carga de identificar qué enfermedades son congénitas o preexistentes, es de las empresas de medicina prepagada y no del usuario, quien es quien menos conoce del asunto y que por eso, contrata los servicios de medicina prepagada<sup>82</sup>. Las exclusiones en los contratos de medicina prepagada, en consecuencia, dado que son excepciones al acceso a derechos, deben ser interpretadas restrictivamente y atendiendo al principio de buena fe<sup>83</sup> contractual.

(vi) Durante la ejecución del contrato de medicina prepagada la empresa no puede modificar unilateralmente las condiciones pactadas para el cumplimiento del mismo.

La entidad no puede validamente negar la atención médica requerida por un usuario, con base en dictámenes médicos mediante los cuales se haya establecido que un padecimiento de salud tuvo origen, se gestó, maduró o se desarrolló antes de la celebración del contrato<sup>84</sup> si ello no está prescrito en el contrato. En el desarrollo de las recíprocas obligaciones de las partes en materia de medicina prepagada, no es posible modificar unilateralmente los términos del contrato con base en dictámenes médicos posteriores donde se afirme que una enfermedad o dolencia detectada durante la

ejecución del convenio se había venido gestando, madurando o desarrollando desde antes de su celebración<sup>85</sup>. De ninguna manera este tipo de padecimientos -no incorporados concretamente en el contrato y sus anexos como exclusiones-, pueden ser considerados preexistencias oponibles al afiliado. En este caso se presume la buena fe del paciente al momento de suscribir el contrato, por ello, como se ha dicho, le corresponde a la empresa probar que el contratante sí tenía conocimiento de su enfermedad al momento de obligarse y no lo hizo explícito, pudiendo<sup>86</sup>.

Lo expuesto elimina toda posibilidad de que, celebrado el contrato y en curso, la compañía de medicina prepagada modifique, en contra del usuario, las reglas de juego pactadas y pretenda, con base en dictámenes médicos posteriores, emanados de profesionales a su servicio, deducir unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se había venido gestando desde antes de su celebración y que, por tanto, pese a no haber sido enunciada como preexistencia en el acuerdo, está excluida<sup>87</sup>. La compañía de medicina prepagada no puede negarse al cumplimiento de una obligación inicialmente contraída, cuando en su momento no se dijo nada en el contrato, frente a su exclusión o garantía<sup>88</sup>.

(vii) Los contratos de medicina prepagada que contengan exclusiones genéricas que exceptúen de manera general ciertas enfermedades o la prestación de determinados servicios de salud, no son oponibles al usuario<sup>89</sup>.

En consecuencia, las cláusulas que excluyan todas las enfermedades congénitas, genéticas, hereditarias, o los estudios para su diagnóstico, sin especificar expresamente cuáles en relación con el usuario, no sólo violan la igualdad contractual de las partes en perjuicio del afiliado, sino que también constituyen una amenaza a sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna y la integridad personal.

(viii) La empresa de medicina prepagada no puede desplazar a la EPS de su responsabilidad, en la atención médica.

Si el contrato de medicina prepagada prevé servicios incluidos en el P.O.S., las empresas de medicina prepagada no pueden negarse a prestar esos servicios argumentando que estos son responsabilidad de las E.P.S., pues el artículo 18 del Decreto 806 de 1998

establece que el usuario de un P.A.S. puede elegir libre y espontáneamente si utiliza el P.O.S. o el plan adicional en el momento de requerir atención médica, y las E.P.S. o las empresas prestadoras de los P.A.S. no pueden condicionar el acceso a los servicios de salud a la previa utilización del otro plan<sup>90</sup>. Tal posibilidad se encuentra contemplada en el inciso final del artículo 18 del Decreto 806 de 1998 que dispone: “el usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente, si utiliza el POS o el Plan Adicional en el momento de utilización del servicio y la entidad no podrá condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan”<sup>91</sup>. Dijo la Corte:

Bajo ninguna circunstancia, el plan complementario puede implicar el desconocimiento o la sustitución del plan obligatorio. Por ello, las entidades de medicina prepagada no pueden trasladar su responsabilidad por las obligaciones adquiridas, ni negarse a la prestación del POS haciendo prevalecer el pacto de preexistencias<sup>92</sup>.

(ix) Por último, y en cuanto a la interpretación general de las cláusulas contractuales.

Ha dicho la Corte que en caso de duda, ésta debe resolverse a favor de esa parte débil en el contrato, sin perjuicio de que en situaciones concretas pueda demostrarse su mala fe, lo que, debidamente probado, ha de invertir los razonamientos jurídicos que se hayan adelantado<sup>93</sup>.

7.2.2. En conclusión, las empresas de medicina prepagada se encuentran obligadas a garantizar a sus afiliados la culminación de los tratamientos médicos en curso y las prestaciones contraídas en el contrato, con fundamento en la autonomía y la buena fe de las partes. Es por esto que las preexistencias médicas alegadas por la empresa, que no han sido expresa y específicamente excluidas de los contratos de medicina prepagada, no constituyen una razón válida a la luz de la Constitución y la ley para negar la prestación de los servicios de salud requeridos, no pueden ser invocadas con posterioridad para incumplir las cláusulas contractuales o afectar la continuidad en los tratamientos médicos en curso, porque efectos de la protección constitucional, se entienden incorporados al contrato. La responsabilidad de la empresa, tampoco podrá ser trasladada a la EPS en la que la persona se encuentre afiliada.

7.3. Límites a la Autonomía de la voluntad en los contratos de medicina prepagada.

7.3.1. Es cierto que los contratos de medicina prepagada están sujetos a la voluntad de las partes y por ende a los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación. No obstante, esta Corporación también ha recordado que esta voluntad se halla limitada por (i) el régimen legal a que están sometidos tales contratos; (ii) por los diversos fundamentos constitucionales que legitiman al Estado para intervenir en los contratos de medicina prepagada y (iii) por los valores, principios y derechos constitucionales del ordenamiento jurídico que por ser fundamentales prevalecen en el orden interno. Es que los contratos de medicina prepagada, que, según lo visto, tienen por objeto la prestación del servicio público de salud, no pueden ser tratados en todos sus aspectos bajo la misma óptica ni dentro de criterios iguales a los que gobiernan las relaciones puramente patrimoniales, así tengan que ver con la autonomía de la voluntad, ya que en su ejecución comprometen, “más allá del conmutativo interés convencional y económico, derechos constitucionales fundamentales como la salud, la integridad personal, la vida humana”<sup>94</sup> e incluso la dignidad de las personas. Una sana hermenéutica indica “que el rigor de las cláusulas contractuales [en consecuencia] debe ceder para poner a salvo tales valores, principios y derechos, y no que éstos se han de sacrificar para realizar la autonomía de quien, en un contrato de adhesión, impone su voluntad como ley del contrato”<sup>95</sup>.

7.3.2. Desde esta perspectiva<sup>96</sup>, previsiones como la continuidad del servicio, el consentimiento informado de los pacientes y los principios de disponibilidad, no discriminación, asequibilidad económica, acceso a la información, aceptabilidad y calidad, entre otros, son exigibles no solo en el marco de los planes obligatorios de salud, sino también en los ofrecidos por la medicina prepagada. Por lo tanto no es constitucionalmente válido sostener que el contenido del derecho de la salud sólo es predicable para el caso del sistema general de seguridad social y ajeno a los planes adicionales, con fundamento en la aplicación exclusiva de la legislación civil y comercial.<sup>97</sup>

De hecho, los derechos fundamentales pueden resultar afectados en estas relaciones contractuales, cuando se desbordan los límites que orientan la libertad o autonomía de la voluntad en perjuicio del usuario, aún tratándose de la medicina prepagada, porque no debe olvidarse que se está en presencia de la prestación del servicio público de salud. Al respecto dijo esta Corte, lo siguiente:

“...De este modo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar encuentra restricciones constitucionales, propias de la función social que el Texto Superior le adscribe a la propiedad privada y, por ende, a la empresa. Es evidente que tales restricciones se potencian para el caso de las entidades que prestan servicios públicos y adquieren un contenido aún más significativo cuando, como sucede con las entidades de medicina prepagada, el objetivo contractual tiene estrecha relación con la eficacia de derechos fundamentales.

Bajo la perspectiva expuesta, la naturaleza jurídica de los contratos de medicina prepagada hace que su ejecución esté gobernada, de manera general, por los principios propios del derecho privado, entre ellos la autonomía privada de la libertad. Así, las entidades de medicina prepagada son libres para decidir con quién contratan y si continúan o no con un vínculo comercial existente, en la medida en que suscriben relaciones jurídicas voluntarias y adicionales, distintas a las de carácter obligatorio propias del sistema general de seguridad social en salud. Con todo, esa libertad debe matizarse, como lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, para algunos casos excepcionales en los que la suspensión de la atención médica objeto del contrato contrae la vulneración de los derechos fundamentales de los usuarios.

Por consiguiente, el ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar por parte de las empresas de medicina prepagada, si bien es una característica propia de tales negocios jurídicos, debe producir efectos compatibles con la preservación del contenido esencial del derecho a la salud y los derechos constitucionales que le son anejos al mismo...”<sup>98</sup> (Subrayas fuera del original).

En la sentencia T-660 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis), la Corte consideró a su vez que el abuso de la posición dominante era una forma de extralimitación de la autonomía privada cuando se impide el goce de derechos fundamentales, aún tratándose de las empresas que ofrecen planes de medicina prepagada. Dijo la Corte:

“...Ahora bien, como la extralimitación en el ejercicio de la autonomía privada de la libertad puede llegar, inclusive, a vulnerar derechos fundamentales, cuando en el caso concreto una de las partes abusa de su posición dominante, impidiendo el goce efectivo de los derechos de la otra parte, la Corte ha entendido que dicha actuación hace procedente

la acción de tutela para la protección de los derechos del afectado, comoquiera que se le pone en una situación de indefensión material.

De manera pues que, dada su naturaleza jurídica, la ejecución de los contratos de medicina prepagada debe estar guiada por los principios propios del derecho privado, entre ellos la autonomía privada de la libertad, que les permite decidir libremente con quién contratan y si continúan o no con un vínculo comercial existente, en la medida en que suscriben relaciones jurídicas voluntarias y adicionales, distintas a las de carácter obligatorio propias del Sistema General de Seguridad Social en Salud. No obstante, esa libertad tiene límites, como se explicó, para algunos casos excepcionales en los que la suspensión de la atención médica objeto del contrato vulnera los derechos fundamentales de los usuarios. (...)”(Subrayas fuera del original).

7.3.3. En otros casos anteriores, como en la sentencia SU-039 de 1998, la Sala Plena de esta Corporación señaló igualmente, que “las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada debían adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos, circunstancia que no desconoce el ejercicio de la libertad contractual propia de los mismos”.

7.3.4. Revisado entonces el alcance de la legislación en materia de medicina prepagada y la jurisprudencia reciente sobre los límites a la autonomía de la voluntad en estos casos, y tema del derecho a la igualdad como derecho un derecho fundamental que según la madre, es objeto de impacto negativo en contra del menor en el caso objeto de análisis, así como el derecho a la salud del menor, entra la Sala de Revisión a resolver el asunto puesto a su consideración en esta oportunidad.

## 8. Análisis del caso concreto.

8.1. Se observa un enfrentamiento entre dos principios constitucionales de primer nivel: (i) la autonomía de la voluntad de las empresas de medicina prepagada, garantizada como se ha visto por la legislación nacional y (ii) el principio de igualdad, que desde una perspectiva material – invocada además por la madre – supone un compromiso del Estado en el diseño y ejecución de políticas destinadas a la superación de las barreras

existentes para algunas personas que por vulnerabilidad, no logran realmente integrarse en la vida social o son discriminadas directa o indirectamente en el ejercicio y goce de derechos. Para la madre la negativa de la entidad de medicina prepagada implica una discriminación que afecta el goce de mejores posibilidad de acceso a servicios de salud para su hijo. Además, en el caso que se revisa, se recuerda que tratándose de un menor, su derecho a la salud y a la seguridad social son fundamentales (C.P. art. 44), como lo ha indicado esta Corporación, debido no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño”99.

8.2. Sobre el delicado equilibrio entre derechos fundamentales en casos relacionados con la celebración y ejecución de contratos de medicina prepagada, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades. En aquellos casos relacionados con patologías congénitas con ocasión de acuerdos celebrados de manera efectiva entre las partes, esta Corporación ha mantenido su posición tradicional, relacionada con que la determinación de preexistencias que comprenden descripciones amplias y ambiguas como por ejemplo, “malformaciones y anomalías congénitas”, sin consideración particular a las de la persona sobre la que recae el contrato, son cláusulas que no son oponibles a los ciudadanos, por cuanto las únicas preexistencias válidas son las expresas, particulares y determinadas con anterioridad a la celebración del mismo, en relación con una situación clínica personal y además, estipuladas de manera taxativa en el contrato. Al respecto pueden consultarse entre otras las sentencias T-290 de 1998, T-512 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo)100; T-128 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández)101; T- 1697 de 2000 (M.P. Martha SÁCHICA Méndez)102, T- 181 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)103 y T- 065 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería)104. Nótese que en todos estos casos, sin embargo, el contrato de medicina prepagada ya había sido celebrado entre las partes, por lo que la discusión se centraba particularmente en el alcance y límite de las preexistencias en relación con las restricciones impuestas por las accionadas, al acceso a prestaciones concertadas en materia de salud.

8.3. Por lo tanto, se pregunta la Sala: ¿Cuál es el trato que se le debe dar a situaciones en las que el contrato entre las partes no se ha celebrado o es necesario el

ejercicio de una facultad autónoma para el efecto, pero de esa negativa, puede eventualmente desprenderse la vulneración de derechos fundamentales? ¿Ha ordenado la Corte, acaso, en alguna oportunidad previa a empresas de medicina prepagada la celebración de contratos, su renovación o su continuación, no obstante la negativa de estas entidades y la ingerencia efectiva en su autonomía de la voluntad, con fundamento en la violación de derechos de esa naturaleza o el desbordamiento de la libertad contractual de estas compañías?

La respuesta con ocasión de una revisión de los antecedentes constitucionales en la materia, es afirmativa. En la sentencia T-687 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis) una empresa de medicina prepagada, desconociendo la preeminencia del principio de buena fe, dio por terminado unilateralmente el contrato de medicina prepagada celebrado con un ciudadano, sobre la base de una indebida actuación de usuario al momento de la suscripción del contrato, fundadas en unas inconsistencias registradas en la información aportada. La Corte Constitucional, sobre la base del principio de buena fe, estimó que la empresa debía seguir prestando los servicios al ciudadano en razón a la vulnerabilidad de la salud del actor, extendiendo la protección hasta cuando la justicia ordinaria resolviera el conflicto, exigiéndole claro está al peticionario, comparecer ante la jurisdicción ordinaria para el efecto, en un término no superior a cuatro meses. En la sentencia T-236 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) una empresa se negó a renovar un contrato de medicina prepagada, con fundamento en que el actor no estaba inscrito en el POS. Aunque esa situación ya llevaba varios años, sólo fue invocada por la entidad, cuando el ciudadano presentó una enfermedad ruinosa que venía siendo tratada por la compañía de medicina prepagada con anterioridad a la terminación del contrato, y no antes. En esa oportunidad, esta Corporación ordenó continuar con el tratamiento integral por parte de la empresa de medicina prepagada, sobre la base de la delicada condición del salud del peticionario y la responsabilidad en la que incurren tales compañías al no exigir con anterioridad, la inscripción en el POS de sus usuarios.

Posteriormente en la providencia, T-724 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)<sup>105</sup> en el que se estudió el caso de una ciudadana con dolencia cardiaca a quien una compañía de medicina prepagada se negó a renovar el contrato sobre la base de preexistencias anteriores por contrato previo con Telecom, se ordenó, sobre la base de la violación de los derechos fundamentales de la ciudadana por la gravedad de su dolencia,

tutelar sus derechos y: “Segundo: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido que la renovación del contrato de medicina prepagada suscrito entre Colsánitas S.A. y Esperanza Roa de Martínez estará supeditado a que la actora pague el valor del mismo en los términos fijados por la entidad demandada”. En la sentencia T- 1217 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) en el que estudió un caso de un ciudadano de la tercera edad al que le impusieron unas nuevas reglas contractuales en materia de medicina prepagada so pena de no renovar el contrato, dijo esta Corporación lo siguiente: “Este requisito, si bien pudiera ser constitucionalmente válido en otro tipo de relación comercial, no lo es en casos como el presente, en los que este tipo de cláusulas desconocen la real situación de uno de los contratantes, que por su edad y enfermedad merecen un trato coherente con su condición y a los cuales por mandato del artículo 13 Superior se les debe brindar una protección especial, siendo deber de la empresa, sin que ello implique desconocer su autonomía, el garantizar la prestación de los servicios de salud observando la función social que toda actividad empresarial impone la Carta Política (art. 333 C.P.). De esta manera, establecer en un contrato de adhesión una condición para acceder a unos servicios de medicina prepagada en la cual el accionante debe encontrar dos personas más de unas edades específicas y convencerlos para que también contraten con la empresa de medicina prepagada excede, desde la perspectiva constitucional, la libertad comercial haciendo entonces necesaria la intervención del juez constitucional, a efectos de restablecer la observancia de la Constitución en ese tipo de relaciones privadas, en las que, dada la eficacia directa de la Carta Política, los mandatos constitucionales deben también ser observados”. (Subrayas fuera del original). Con todo, recordó la Sala en esa oportunidad, que no era de recibo considerar, que como el actor cuenta con una EPS a la que está afiliado en el régimen contributivo, es a tal entidad a la que corresponde asumir la atención integral de los servicios de salud que requiera, “puesto que no existe justificación para que las consecuencias del ejercicio extralimitado de la autonomía privada de la libertad para contratar de la Organización Colsánitas tengan que ser asumidas por el Régimen General de Seguridad Social en Salud”.

Más adelante en la sentencia T-660 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis), se protegieron igualmente los derechos del accionante y su grupo familiar, entre los que se encontraba un menor de edad, al considerar que de no continuar con la prestación del servicio de medicina prepagada se vulnerarían derechos fundamentales y se irrespetaría el

principio de la buena fe que debía tener la accionada en sus actuaciones, ante el interés de la entidad de no renovar el contrato. Dijo esa sentencia:

“ (...) Lo anterior, comoquiera que las restricciones ajenas a lo pactado en el contrato familiar suscrito por Colmédica Medicina Prepagada y el señor Carlos Arturo Peña Pedroza, excedería los límites de la autonomía de la voluntad privada en el marco protegido por la Constitución, pues su aplicación restringe derechos constitucionales y en este caso, el de la continuidad del servicio de salud...”

Igualmente en la providencia T-650 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas) se revisó el caso de un ciudadano con diabetes, - beneficiario anterior por su pertenencia a Inravisión de un contrato de medicina prepagada -, en el que la compañía prestadora del servicio, a la terminación del contrato por la liquidación de Inravisión, se negó a suscribir el contrato directamente con el usuario, invocando la patología que veían siendo tratada por esa misma entidad antes de la liquidación de Inravisión, como preexistencia. El ciudadano consideró que esa exclusión no podía operar en su caso, porque la misma entidad no podía considerar ahora como preexistencia la situación del actor cuando la enfermedad la había contraído en vigencia del contrato anterior. En esa oportunidad dijo la Corte:

“Esta actitud de la empresa de salud, dadas las características especiales del caso de afectación de derechos fundamentales, hace que se torne incompatible con los límites constitucionales que la jurisprudencia reconoce para esta clase de vínculos entre particulares, tornándose procedente la salvaguardia de los derechos a la salud y a la continuidad en la prestación del servicio de salud del actor, pues la negativa a continuar con la contratación de medicina prepagada en este caso restringe sus derechos constitucionales”.

Ahora bien, en un caso exactamente igual al anterior, la Corte en la providencia T-486 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) negó la tutela presentada por una ciudadana a quien le fue detectado un tumor cerebral y requería quimioterapias, sobre la base de la existencia de un hecho superado, teniendo en cuenta que la EPS le había prestado el tratamiento médico requerido. Dijo sin embargo esta Corporación en cuanto a la ponderación de derechos, lo siguiente:

“La Sala debe precisar que la negativa unilateral a contratar que tuvo lugar por parte de Colsanitas Medicina Prepagada, ante la solicitud de afiliación presentada por la accionante, no es reprochable por vía de la acción de tutela, por cuanto obedece al desarrollo de la autonomía de la voluntad privada inherente a este tipo de contratos, sin que en su ejercicio, dentro de las particularidades fácticas del caso que se revisa, se encuentren comprometidos derechos fundamentales o se consoliden prácticas restrictivas de la competencia o abuso de la posición dominante. (...)

En suma, la Sala no encuentra que la falta de continuidad en el vínculo contractual con Colsánitas Medicina Prepagada comprometa su responsabilidad en la falta de prestación del servicio requerido por la accionante, que en todo caso ya fue practicado, como quiera que, de una parte, esta relación, prima facie, escapa de la competencia de la jurisdicción constitucional por tratarse del ejercicio de la libertad de empresa y la autonomía de la voluntad y, de otra, no se encuentran comprometidos los derechos fundamentales de la accionante toda vez que cuenta con el plan obligatorio de salud, al cual puede acudir para lograr la práctica de los servicios médicos que requiera”. (Subrayas fuera del original).

8.4. En el caso particular de menores de edad, resalta esta Sala de Revisión las providencias T-731 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y la sentencia T- 1012 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

En la primera de ellas, se trató del caso de una madre afiliada a Salud Coomeva Medicina Prepagada, que dio a luz en el 2003 un bebé prematuro, con alto riesgo séptico y metabólico. Diez días después del parto, el personal médico de la clínica Las Vegas le informó que debía afiliarse al niño al Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que Salud Coomeva Medicina Prepagada sólo cubriría su tratamiento por un espacio de 15 días. La madre adelantó los tramites necesarios para lograr su afiliación y la de su hijo a la E.P.S. Coomeva en calidades de cotizante independiente y beneficiario, respectivamente, pero esa entidad rehusó adelantar la afiliación al sistema, por observar que el menor se encontraba hospitalizado y requería un tratamiento de alto costo. Interpuso acción de tutela en contra de Coomeva E.P.S. y Salud Coomeva Medicina Prepagada, por considerar que estas entidades estaban vulnerando los derechos fundamentales de su hijo a la vida, a la salud, a la integridad física y a la seguridad

social. En esa oportunidad, la Corte se centró en la omisión de la Medicina Prepagada en materia de afiliación a la EPS, para generar la siguiente regla:

“[L]as empresas de medicina prepagada que omitan investigar si sus contratantes se encuentran efectivamente afiliados al sistema, deberán incluso asumir la atención en salud que requieran los hijos recién nacidos de aquellos por un espacio de tres meses, porque esa es la cobertura que se habría derivado del P.O.S. si la madre hubiese estado afiliada a alguna E.P.S. Esta afirmación se origina del estudio de los artículos 62 del Decreto 806 de 1998 y 6º del Decreto 1703 de 2002, pues el primero dispone que los hijos recién nacidos de las mujeres afiliadas a una E.P.S., quedan automáticamente afiliados a la misma entidad y tienen derecho a los servicios del P.O.S.S. del régimen subsidiado, para cuya prestación no podrá exigirles periodos mínimos de cotización, sin perjuicio del deber de registrar al menor en el formulario respectivo<sup>106</sup>; y el segundo establece que la documentación necesaria para efectuar tal registro, debe suministrarse a más tardar dentro de los tres meses siguientes al nacimiento, so pena de que el menor sea desafiliado del sistema.<sup>107</sup>

De esta manera, de la afiliación de la madre al Sistema General de Seguridad Social en Salud se desprende el derecho del recién nacido a recibir los servicios de salud incluidos en el P.O.S.S. del régimen subsidiado, por lo menos durante sus tres primeros meses de vida, tiempo durante el cual la madre debe allegar a la E.P.S. a la que se encuentra afiliada, los documentos que acreditan que el menor, efectivamente, puede ser su beneficiario, so pena de que al finalizar dicho lapso el menor sea desafiliado del sistema. Transcurrido dicho periodo, si la madre suministra los documentos requeridos para formalizar la afiliación del menor, éste podrá seguir gozando de los servicios del P.O.S., pero en virtud de una afiliación independiente”<sup>108</sup>.

Como la madre y el niño se encontraban ya afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se confirmó el fallo de tutela.

8.5. En la sentencia T- 1012 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) se trató de un caso relacionado también con un menor con Síndrome de Down, también con relación a la entidad Salud Colpatria S.A. El 1 de Julio de 2004, el grupo familiar del accionante efectuó solicitud para acceder al plan de medicina prepagada con esa entidad, habiéndoseles

concedido citas para evaluación en diferentes días al peticionario y su hija y a la esposa y a su hijo enfermo. No obstante cuando el demandante, mencionó la enfermedad del menor, la cita para evaluación de este le fue cancelada, no lo atendieron y posteriormente, mediante comunicación de agosto 6 de 2004, fue informado respecto de la negativa a la vinculación como usuario del menor, “debido a la muy poca cobertura que podía ofrecerse” . Dijo la sentencia lo siguiente:

“Así, estas empresas no vulneran los derechos fundamentales de sus usuarios cuando se niegan a suministrar medicamentos y servicios que si bien son necesarios para preservar o mejorar el estado de salud de los mismos, fueron expresamente excluidos en los contratos celebrados<sup>109</sup>. Por lo tanto, el juez de tutela no puede obligarlas a suministrar tales servicios, ni si quiera autorizando un recobro ulterior ante el FOSYGA, por tratarse de servicios de carácter privado que no pueden ser financiados con recursos públicos.<sup>110</sup>

En consecuencia, las empresas que prestan servicios de medicina prepagada, deben necesariamente realizar un examen de ingreso al posible beneficiario con el fin de determinar (i) si aceptan o no a la persona en el plan y (ii) si como consecuencia del examen y aceptación se puede determinar la preexistencia en forma concreta de enfermedades o malformaciones congénitas, que impliquen su exclusión de atención dentro del respectivo plan.

Ahora bien, lo anterior no significa que el derecho del paciente quede desprotegido, pues en estos eventos, cuando un médico de una empresa de medicina prepagada ordena a un paciente un tratamiento o medicamento excluido del contrato celebrado con la empresa pero incluido en el P.O.S., esta Corporación ha señalado que aquél puede acudir a su E.P.S. para que ésta estudie su caso y determine si se cumplen la reglas legales o subreglas constitucionales para que deba hacerse cargo del servicio requerido, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y atendiendo al estudio científico que realice.

La Sala confirmó la sentencia que negó la tutela, con fundamento en las siguientes consideraciones:

De los documentos obrantes en el expediente y de la situación fáctica expuesta al inicio de esta providencia, se desprende que el demandante y su núcleo familiar efectuaron

solicitud de afiliación a la demandada en un plan de medicina prepagada, que efectuaron examen de ingreso a tres de ellos siendo admitidos y que al menor que sufre de Síndrome de Down no le fue efectuado examen alguno, no siendo admitido en el Plan, sin explicación o soporte alguno.

Analizados los documentos se desprende que el menor no fue admitido en el Plan de Medicina Prepagada solicitado por el demandante, sin que al mismo se le hubiera efectuado el examen de ingreso, con el fin de determinar su estado de salud; es decir en una forma arbitraria y sin procedimiento alguno se excluyó al menor. En virtud de lo anterior, acertó el ad-quem al haber ordenado la práctica del examen de ingreso al menor y la comunicación de sus resultados a los padres.

De otra parte, constata esta Sala de Revisión, que al menor se le ha suministrado la atención por parte de la EPS, en las oportunidades en que han acudido a solicitar los servicios (...).

Por lo tanto, habiéndose demostrado que la entidad demandada ha prestado la atención debida en los procedimientos que hasta el momento ha solicitado el accionante, y observando que la entidad demandada no está obligada a prestar el tratamiento integral en una institución que no se encuentra adscrita a la misma, pues téngase en cuenta que la Corporación Síndrome de Down, desde Febrero de 2000, no tiene vinculación contractual con Salud Colpatria S.A., y además que no existe orden del médico tratante en el sentido que el menor sea tratado en dicho centro, la Sala confirmará la sentencia de segunda instancia, por ajustarse a derecho”.

8.6. Ahora bien, luego del anterior recuento jurisprudencial encuentra la Sala que frente al tema del enfrentamiento entre la autonomía de la voluntad y los derechos fundamentales en juego, con ocasión de los contratos de medicina prepagada, existen una regla general que se desprende de los diversos fallos enunciados, que es la no intervención del juez constitucional en la autonomía privada de la entidad como principio, salvo arbitrariedad evidente, abuso de su posición dominante o violación flagrante de derechos fundamentales por parte de las entidades prestadoras de ese servicio.

En el caso que nos ocupa, la madre del menor alega discriminación de su hijo en el

acceso al contrato de medicina prepagada con Salud Colpatria S.A., por presentar Síndrome de Down, ante la negativa de la empresa de aceptarlo como beneficiario de la madre en virtud del contrato suscrito con la entidad. En cuanto a la obligación contractual entre las partes, la accionante alega que en virtud del contrato celebrado con Salud Colpatria S.A., el menor tenía derecho a una vinculación automática como beneficiario derivado de ese acuerdo previo con la Compañía accionada y que sólo se le podían aplicar preexistencias derivadas de ese negocio jurídico, cuando estas fueran expresas, por lo que estima que la entidad infringió en ese sentido sus deberes contractuales. Encuentra la Corte, sin embargo, que la interpretación que hace la peticionaria del contrato no da lugar a la determinación de esas obligaciones por parte de Salud Colpatria S.A., teniendo en cuenta que las preexistencias de las que habla el acuerdo hacen alusión a personas que ya se encuentran vinculadas como usuarios del servicio en el negocio jurídico y las cláusulas 4ª y 5ª del contrato señalan que la calidad de “beneficiario” sólo se adquiere en esa empresa, una vez se haya celebrado el contrato de “admisión” del beneficiario, con la entidad de medicina prepagada.

8.7. En cuanto a la aparente discriminación del menor con la negativa de acceso a la calidad de usuario del servicio de medicina prepagada, encuentra la Corte que una mera negativa de una entidad que preste servicios en ese sentido, de la calidad de cliente, no implica automáticamente discriminación o acepción de personas.

Para la Corte la discriminación en general está proscrita, tanto en la esfera pública como en la privada. Por lo tanto, una distinción indebida en el acceso a un derecho o beneficio complementario o adicional en salud, derivado de una actividad perteneciente a un servicio público a cargo del Estado, materia además de su control y vigilancia de la Administración, puede significar una discriminación indirecta contra sectores de la sociedad en debilidad manifiesta. Porque la igualdad de oportunidades, no sólo implica la ausencia de discriminaciones, sino también ayuda efectiva para que quienes se encuentren en situación de inferioridad o desventaja puedan remediarla eficazmente.

No obstante, dado que el régimen jurídico autoriza actualmente a las empresas de medicina prepagada a negarle el acceso a quienes no reúnan las condiciones de vinculación dentro de sus propios esquemas de autorregulación y no exige mayor justificación para el efecto, fuera de la propia decisión contractual, es impropio predicar de estas

entidades automáticamente una discriminación por esa razón con fundamento en estos hechos. De hecho en el caso de los pacientes con Síndrome de Down, a pesar de la existencia de un antecedente constitucional previo de la misma entidad con un menor derivado de la misma dolencia<sup>111</sup>, lo cierto es que ello no indica automáticamente que Salud Colpatria S.A. haya discriminado a las personas con síndrome de Down en general negando sistemáticamente los contratos de estas personas y en particular al menor Juan Pablo Triana.

8.8. La discriminación que invoca la peticionaria la soporta en dos hechos en particular: (i) que luego de haber salido los resultados de cariotipo “empezó la presión por no dejar afiliado al menor” -circunstancia no probada - y (ii) en que con sólo ese resultado, le negaron la calidad de beneficiario a su hijo, ya que ni siquiera le practicó el examen de ingreso requerido para el efecto, aunque si se le practicó el examen genético correspondiente. Con todo, de esta última observación no puede desprenderse tampoco *a priori* la discriminación. Sin embargo, sí es cierto que de un hecho neutro, como es la aceptación o no de clientes en los planes de medicina prepagada, puede existir un riesgo de discriminación indirecta de población vulnerable, que el Estado debe considerar y evaluar, que potencialmente puede llevar a la exclusión de un grupo poblacional en particular, circunstancia que no está acreditada en este proceso por tratarse de sólo de dos casos. Por ende, la Sala de Revisión, aunque denegará la tutela por no encontrarse probada la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del menor, en la medida en que madre e hijo cuentan con la protección del Plan Obligatorio de Salud, insistirá en que en materia de igualdad puede existir una discriminación indirecta no imputable masivamente a las empresas de medicina prepagada, pero que sí debe ser tomada en consideración por el Estado.

8.9. Esta Corte, si bien confirmará el fallo de instancia, prevendrá a la Superintendencia Nacional de Salud para que en cumplimiento de sus funciones legales de control y vigilancia a las entidades prestadoras de los servicios de medicina prepagada y sus contratos: (i) exija que las entidades que prestan los servicios de medicina prepagada, motiven de manera seria y concreta el rechazo de los candidatos a clientes, de quienes soliciten la vinculación a los planes por ellos promovidos, de forma expresa, específicas y sin ambigüedades. En segundo lugar, que (ii) dadas sus atribuciones de revisión de los contratos tipo de estas entidades, determine los

mecanismos para que en los contratos de medicina prepagada en los que se configura la protección transitoria del recién nacido, se establezca con claridad por las partes contratantes, qué patologías serán expresamente exceptuadas para justificar la exclusión de un menor de su calidad de beneficiario del contrato de medicina prepagada de sus padres. Finalmente se exhortará al Gobierno Nacional para que, en consideración a las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia, promueva una política pública que no sólo implique acciones que minimicen las amenazas a la discriminación indirecta en contra de grupos poblacionales específicos con ocasión de estas circunstancias, sino que contribuyan a promover más oportunidades para quienes se encuentran en un estado de debilidad manifiesta.

### III. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el fallo de Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga del 4 de julio de 2008, dentro de la acción de tutela interpuesta por Sandra Constanza Triana en representación de su hijo Juan Pablo Castillo Triana.

Segundo.- PREVENIR a la Superintendencia Nacional de Salud para que en cumplimiento de sus funciones legales de control y vigilancia a las entidades prestadoras de los servicios de medicina prepagada y sus contratos: (i) exija que las entidades que prestan los servicios de medicina prepagada, motiven de manera seria y concreta el rechazo de los candidatos a clientes, de quienes soliciten la vinculación a los planes por ellos promovidos, de forma expresa y específica. En segundo lugar, que (ii) dadas sus atribuciones de revisión de los contratos tipo de estas entidades, determine los mecanismos para que en los contratos de medicina prepagada, en los que se configura la protección transitoria del recién nacido, se establezca con claridad por las partes contratantes qué patologías serán expresamente exceptuadas para justificar la exclusión de un menor de su calidad de beneficiario del contrato de medicina prepagada de sus padres.

Tercero.- Instar al Ministerio de la Protección Social para que en consideración a las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia, promueva una política pública que no sólo implique acciones que minimicen las amenazas a la discriminación indirecta en contra de grupos poblacionales específicos, con ocasión de las circunstancias que se dieron a conocer en este caso, sino que contribuyan a promover más oportunidades para quienes se encuentran en un estado de debilidad manifiesta en materia de acceso a la salud.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA                      Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Certificación de Colpatria S.A. Folio 10, cuaderno 1.

2 Esta Cláusula reza en lo pertinente lo siguiente: “Cláusula Cuarta. Solicitud de afiliación. (...) La calidad de “Beneficiario” se adquiere cuando haya sido suscrito, por las partes, el contrato de prestación de servicios de asistencia médica establecido por la COMPAÑÍA, en la fecha que determine la COMPAÑÍA de acuerdo con el calendario de vigencias y siempre y cuando haya pagado el precio en la forma convenida, se haya realizado el examen médico de ingreso, y haya sido aceptado como usuario por la COMPAÑÍA después de conocer los resultados de dicho examen”. Folio 17, cuaderno 1.

3 Copia del Registro Civil de Nacimiento. Folio 21, cuaderno 1.

- 4 Afirmación del escrito de tutela. Folios 1 a 3, cuaderno1.
- 5 Copia de Constancia de autorización de servicios. Folio 13, cuaderno 1. Además aparece copia de exámenes médicos de ecocardiograma pediátrica y doppler pulsado practicados al menor por cuenta de Salud Colpatria S.A. el 10 de abril de 2008. Folio 14, cuaderno 1.
- 6 Copia del Estudio citogenética practicado al menor. Folio 9, cuaderno 1.
- 7 Copia de certificación del 14 de mayo de 2008 de la Dra. Martha Lucía Africano. Folio 16, cuaderno 1.
- 8 Afirmaciones de la tutela. Folio 2, cuaderno 1.
- 9 Folio 12, cuaderno 1.
- 10 Afirmaciones de la tutela. Folio 2, cuaderno 1.
- 11 Afirmaciones de la tutela. Folio 4, cuaderno 1.
- 12 Cfr. Sentencia T-128 de 2000. M.P. Jose Gregorio Hernández.
- 13 Sentencia SU-039 de 1998
- 14 Sentencia T-1217 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- 15 En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- 16 Sentencia T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- 17 Sentencia T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- 18 Cfr. Sentencia T-003 de 1992.
- 19 Sentencia T-223 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Sentencia T-223 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

21 Sentencia T-1008 de 2004

22 Con este criterio doctrinal, se han resuelto favorablemente para los actores las tutelas decididas en sentencias como las T-399 , T-1233 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández; T-442 de 2000

23 Estas consideraciones fueron retomadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, en la que señaló: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”.

24 Los Convenios Internacionales de Derechos Humanos debidamente ratificados, integran el bloque de constitucionalidad, que es el nombre que la doctrina y la jurisprudencia le han dado a aquellas normas constitucionales que en principio no forman parte expresamente del texto de la Constitución, pero que la integran por incorporación, gracias a la remisión implícita o explícita que de ellas hacen otras normas constitucionales.

25 Art. 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. //2. Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa la persona (...). En el artículo 7º, la Declaración señala que: “Art. 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración”. Esa declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

26 El artículo 3º consagra que: “Los Estados parte en el presente pacto se comprometen a asegurar a los hombres y mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto”. El Pacto

entró en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976. Ley 74 de 1968.

27Art. 24. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)” Entró en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976. Ley 74 de 1968.

28Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948.

29 Entró en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978. Estos artículos hacen alusión a la obligación de los estados de respetar los derechos y libertades consagrados en la Convención, sin discriminación alguna y a asegurar la igualdad en la aplicación de la ley para todas las personas, respectivamente; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>29</sup>, en materia de igualdad en el trabajo, remuneración, no discriminación por embarazo, etc.

30 Entró en vigor para Colombia el 2 de octubre de 1981 en virtud de la ley 22 de 1981.

32El preámbulo consagra la igualdad como un principio constitucional. La sentencia C-530 de 1993 reconoció que el concepto de igualdad establecido en el preámbulo, constituye unos de los valores fundantes del Estado Colombiano.

33 Sentencia T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

34 Sentencia T-823 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

35 Ibídem.

36 Sentencia T-631 de 1999.

37 Se entiende por “regla de justicia” según Bobbio, la regla según la cual “se deben tratar a los iguales de un modo igual y a los desiguales de modo distinto”. Bobbio, “Igualdad y Libertad”, ED. Paidós. Barcelona, 1993, pp. 64 y 65.

38 Sentencia C-013 de 1993.

39 Si bien los grandes tratados universales y regionales se han preocupado por incluir cláusulas de no discriminación, sea para proteger los derechos a los que hacen referencia o como derecho independiente (Artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), ninguno de esos tratados incluye una definición del concepto de discriminación. No obstante en el Convenio No 111 de la OIT se dijo que la discriminación era “cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o del trato en el empleo y la ocupación”. Igualmente en el artículo 1.1. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial se dijo que la discriminación, era “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

40 Sentencia T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

41 En la sentencia T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández a su vez, se indicó que tal expresión comporta una diferenciación ilegítima que se “efectúa respecto de ciertos sujetos o grupos de personas con base en un rasgo distintivo particular gobernado por el prejuicio, [que] involucra el rechazo, la supresión, la expulsión o la censura cotidiana, a través de diferentes estrategias, negando o impidiendo ilegítimamente o a partir de un paradigma errado, la inclusión, ejercicio o subsistencia de determinadas prácticas”.

42 El artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos prohíbe cualquier tipo de discriminación.

43 Sentencia C-112 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

44 Sentencia C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

45 M.P. Rodrigo Uprimy Yepes.

46 En tales casos, la Corte Constitucional desarrolla el llamado test de igualdad en el que luego de establecer la existencia de diferenciación entre dos situaciones particulares frente a supuestos de hecho iguales, entra en el estudio de la justificación del legislador. Para ello analiza la finalidad de la norma u objetivo buscado por el legislador con ella; hace posteriormente un análisis del medio propuesto por el legislador para lograr el objetivo y finalmente de ser del caso, hace un análisis de la relación medio-fin y si la norma es proporcional o no en relación con otros derechos.

47 Según la sentencia C-093 de 2001. (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas, así como la propia práctica de la Corte Constitucional parecen indicar que existen dos grandes enfoques para analizar los casos relacionados con el derecho a la igualdad: “El primero de ellos, que ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania, se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintos pasos. Así, el juez estudia (i) si la medida es o no “adecuada”, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Y, (iii) finalmente el juez realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento”.

48 Sentencia C-530 de 1993.

- 49 Entre otras las sentencias T-117 de 2003 y T-823 de 1999.
- 50 Entre otras, las sentencias T-100 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-378 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-823 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T- 1039 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Gálvis. T-595 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-276 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- 51 Sentencia T-288 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 52 Sentencia T-181 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 53 Cfr. Sentencias C-599 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-699 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- 54 Sentencia T-236 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- 55 Ibídem.
- 56 Sentencia T-290 de 1998. M.P. Fabio Morón.
- 57 Sentencia T-196 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 58 Cfr. Sentencia SU-039 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara y T-065 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- 59 Sentencia T-181 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 60 Sentencia SU-039 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara. Ver también la sentencia SU 1554 de 2000. M.P. Cristina Pardo Shlesinger.
- 61 Una caracterización particular en este sentido puede verse en la sentencia T-758 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- 62 PARAGRAFO. las entidades habilitadas para ofrecer PAS no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial, de conformidad con el Decreto 1222 de 1994.

63 Sentencia T-065 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería.

64 Sentencia T-732 de 1998. M.P. Fabio Morón

65 Sentencias T-065 de 2004 y T-549 de 2003.

66 Sentencias T-065 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería. Y T-196 de 2007, T-1217 de 2005, T-1012 de 2005, T-181 de 2004, T-365 de 2002, T-1252 de 2000, T-687 de 2000, T-128 de 2000, T-689 de 1999, T-118 de 1999, T-096 de 1999, T-603 de 1998, T-512 de 1998, T-290 de 1998, T-216 de 1997 y T-533 de 1996.

68 Ver la Sentencia T-059/97, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

69 Sentencia T-533 de 1996

70 Sentencia T-732 de 1998. M.P. Fabio Morón.

71 Sentencia SU-1554 de 2000.

72 El texto del párrafo del artículo 20 del Decreto 806 de 1998 es el siguiente: “Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida”.

73 El texto del párrafo del artículo 20 del Decreto 806 de 1998 es el siguiente: “Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de

suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida”.

74 Sentencia T- 731 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

75 Sentencia T-236 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

76 Sentencia T- 731 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

77 Sentencia T-732 de 2008.

78 Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-533 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en las Sentencias SU 039 de 1998, Sala Plena, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-104 y T-105 del mismo año, Sala Séptima de Revisión, M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

79 Sentencia T- 1697 de 2000. M.P. Martha SÁCHICA Méndez. Ver sentencia T-280 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

80 Sentencia T-732 de 1998. M.P. Fabio Morón

81 Sentencia T-059 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

82 Sentencia T-603 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

83 Sentencia T- 699 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

84 Al respecto, en la sentencia SU-039 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), la Corte explicó: “[E]n el curso del contrato no es posible que la compañía de medicina prepagada modifique los términos del mismo en forma unilateral, con base en dictámenes médicos posteriores emanados de profesionales a su servicio, con el propósito de deducir la presencia de una preexistencia durante la ejecución del contrato, excepto que se haya configurado una actuación originada en la mala fe del usuario.”

85 Aunque las compañías de medicina prepagada se comprometen a prestar un conjunto de servicios que cobijan diferentes aspectos de la salud, operan con base en principios similares a los que inspiran el contrato de seguro. En efecto, como se trata de

garantizar el cubrimiento de los percances y dolencias que afecten a los beneficiarios a partir de la celebración del contrato, están excluidos aquellos padecimientos anteriores al mismo.

86 Sentencia T-059 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

87 Sentencia T-533 de 1996. Ver además, la sentencia T-059 de 1997.

88 Sentencia SU-1554 de 2000. A pesar de la procedencia de la acción de tutela, la Corte consideró que la entidad tenía el derecho de impugnar por la vía judicial ordinaria la validez del contrato suscrito con el demandante.

89 Entre otras, las sentencias T-196 de 2007, T-096 de 1999, T-603 de 1998, T-512 de 1998, T-290 de 1998 y T-307 de 1997.

90 Sentencia T-348 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

91 Sentencia T-181 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

92 Sentencia T-699 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

93 Sentencia T-128 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

94 Sentencia T-307 de 1997 M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

95 Sentencia T-236 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

96 Sentencia T-650 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

97 T-724 de 2005.

98 Sentencia T-724 de 2005. MP Jaime Córdoba Triviño.

99 Sentencia T-075/96 (MP Carlos Gaviria Díaz).

100 Preexistencia congénita en menor en un caso que involucraba a Salud Colpatria S.A. . No expresa.

- 101 Preexistencia congénita no explícita en contrato. Caso de Adulto.
- 102 Menor beneficiaria de medicina prepagada. Enfermedad congénita no expresa en contrato.
- 103 Síndrome Congénito. No se le realizó examen previo a la menor y si fue objeto de cobertura.
- 104 Caso de niño de 5 años beneficiario de medicina prepagada. Se colocó en su contrato la siguiente exclusión genérica: “ por causa o como secuela de su prematurés”. La Corte consideró que esa cláusula no era expresa.
- 105 La ciudadana Esperanza Roa de Martínez, de 74 años de edad, estuvo cubierta por el plan de atención en salud de medicina prepagada de Colsanitas S.A. durante tres periodos, comprendidos entre enero a mayo de 2000, marzo de 2003 a febrero de 2004 y marzo de 2004 a septiembre del mismo año. En el segundo de estos lapsos, la actora estuvo vinculada como beneficiaria de su hija Claudia Ximena Martínez Roa, a través del Plan Integral empleados de Telecom - PITE. Como consecuencia de la orden de liquidación de Telecom, la entidad accionada dio por terminado el plan PITE y, en su lugar, suscribió de manera directa con la demandante un nuevo contrato de medicina prepagada, esta vez bajo el plan 1010. La relación contractual tuvo vigencia hasta septiembre de 2004, cuando Colsanitas se negó a renovar el contrato y, por ende, a recibir por parte de la actora el pago de la suma \$1.200.000, precio del servicio de salud para el siguiente periodo de seis meses.
- 106 El inciso segundo del artículo 62 del Decreto 806 de 1998 dispone: “En ningún caso podrá aplicarse periodos mínimos de cotización al niño que nazca estando su madre afiliada a una EPS. El bebé quedará automáticamente afiliado y tendrá derecho a recibir de manera inmediata todos los beneficios incluidos en el POS-S, sin perjuicio de la necesidad de registrara los datos del recién nacido en el formulario correspondiente”.
- 107 El artículo 6º del Decreto 1703 de 2002, en la parte pertinente para este estudio, establece: “Se procederá a la suspensión de la afiliación respecto de los afiliados beneficiarios sobre quienes no se presente la documentación en los términos señalados en el presente decreto, hecho que deberá ser comunicado en forma previa y

por escrito a la última dirección registrada por el afiliado cotizante con una antelación no menor a quince (15) días y se hará efectiva a partir del primer día del mes siguiente al de la respectiva comunicación. Durante el periodo de suspensión no habrá lugar a compensar por dichos afiliados. Transcurridos tres (3) meses de suspensión sin que se hayan presentado los documentos, se procederá a la desafiliación de los beneficiarios que no fueron debidamente acreditados con la consecuente pérdida de antigüedad. Cuando se compruebe que el cotizante incluyó beneficiarios que no integraban su grupo familiar, el afiliado cotizante también perderá su antigüedad en el Sistema.”

108 Cfr. Sentencia T-731 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

109 Cfr. Sentencias T-1132 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-710 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-089 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda.

110 Cfr. Sentencia T-265 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

111 Sentencia T-1012 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.