

Sentencia T-196/07

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para resolver controversias contractuales derivadas de contratos de medicina prepagada

EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Puede solicitar la realización de examen médico con antelación a la firma del contrato

EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Exclusión de preexistencias previa, expresa y taxativamente

ALLANAMIENTO A LA MORA POR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD

ALLANAMIENTO A LA MORA-Aplicación por analogía iuris a los contratos de medicina prepagada

Con fundamento en lo precedente, es posible concluir que en los contratos de medicina prepagada puede aplicarse por analogía iuris la doctrina jurisprudencial del allanamiento a la mora, como figura que se deriva del allanamiento del contrato, para salvaguardar los derechos de los afiliados a este tipo de planes adicionales de salud, cuando las empresas prestadoras de los servicios no requieran a los usuarios el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por otra parte, como lo ha advertido esta Corporación la aplicación de las disposiciones del contrato de seguros al régimen de planes de medicina prepagada, permite emplear la teoría de allanamiento al incumplimiento del contrato. Al respecto, se ha dicho:“Por supuesto, quienes contratan con las compañías de medicina prepagada deben ser conscientes de que ellas, aunque se comprometen a prestar un conjunto de servicios que cobijan diferentes aspectos de salud (consultas, atención de urgencias, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, suministro de medicinas, entre otros), operan con arreglo a principios similares a los que inspiran el contrato de seguro, pues, 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”.

ALLANAMIENTO AL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE MEDICINA PREPAGADA-El recibo de los pagos por Cafesalud significan una aceptación tácita de continuidad del contrato

Aunque es evidente que la empresa quiso conocer las preexistencias del actor, para esta Sala es extraño que CAFESALUD MEDICINA PREGADA, pese a que no logró respuesta del afiliado respecto al examen de ingreso, recibió durante un periodo mayor a 5 años los pagos del contrato sin hacer uso de otros mecanismos de resolución por incumplimiento del mismo. De lo anterior se deriva que CAFESALUD contaba con los mecanismos suficientes para excluir del contrato al señor y no lo hizo pero a cambio recibió los pagos a los que se obligó el actor como parte del mismo. En consecuencia, para esta Sala, el recibo de los pagos del contrato significan, de acuerdo con la teoría del allanamiento al incumplimiento del contrato desarrollada por la jurisprudencia, una aceptación tácita de la continuidad del contrato.

EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Autorización y práctica de cirugía ocular y demás tratamientos y servicios que el actor requiera

EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Supresión de preexistencias que no fueron descritas en el contrato

Referencia: expediente T-1489605

Peticionario: Orlando Serna Aristizábal.

Accionado: Cafesalud Medicina Prepagada.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil siete (2007)

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en la revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Veintiséis Penal Municipal con funciones de Control y Garantías de Medellín, en primera instancia, y el Juzgado Veintidós Penal del

Circuito de Medellín, en segunda instancia, el 2 de agosto de 2006 y el 14 de septiembre de 2006, respectivamente, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Orlando Serna Aristizábal contra CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA.

I. ANTECEDENTES

A. Solicitud

El 17 de julio de 2006, el señor Orlando Serna Aristizábal interpuso acción de tutela ante el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Medellín y solicitó que se le protegieran sus derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna como afiliado a CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA. En consecuencia que “se le ordene en forma inmediata a la entidad accionada proceda a emitir la orden de cirugía de vitrectomía con o sin silicon o gas endolaser OD que fue ordenada por el médico tratante”, con fundamento en los siguientes:

B. Hechos

1. Manifiesta el señor Orlando Serna Aristizábal que el 12 de agosto de 1999 firmó con CAFESALUD el contrato No. F0308375 de medicina prepagada, en el plan café gourmet.

1. Que debido a la pérdida de visión que sufrió en su ojo derecho, hace aproximadamente seis (6) meses mientras laboraba, acudió a un oftalmólogo adscrito a CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA quien le diagnosticó hemorragia vítrea densa secundaria a retinopatía diabética proliferativa.

El oftalmólogo adscrito a la entidad le ordenó con carácter urgente, para tratar su patología, la realización de una cirugía de vitrectomía con o sin silicon o gas endolaser OD.

1. Afirma que CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA le niega la autorización y realización del

procedimiento quirúrgico que le ordenó el oftalmólogo adscrito a la entidad, con el argumento de que la enfermedad es una preexistencia.

1. Igualmente asegura el tutelante que en el contrato de medicina prepagada no aparece que al momento de la afiliación se le haya detectado una preexistencia y que por tal razón la empresa a la que está afiliado incumple sus obligaciones y pone en riesgo su vida, pues si no se le realiza el procedimiento quirúrgico podría quedar ciego.

C. Actuaciones procesales

Mediante auto del diecinueve (19) de julio de 2006, el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Medellín admitió la demanda interpuesta y dio traslado a la entidad accionada.

El 25 de julio de 2006, el señor Orlando Serna Aristizábal solicitó al juez de instancia que prohiriera medida provisional en la tutela de la referencia, ordenándole a la entidad accionada autorizar y practicar la cirugía requerida para tratar la patología que padece.

Ese mismo día, el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Medellín negó la solicitud provisional y ordenó dar el trámite ordinario a la tutela por no reunirse los parámetros de inminencia a los que aluden los artículos 7 y 18 del Decreto 2591 de 1991.

D. Contestación de la demanda.

En representación de CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA, el gerente regional de la oficina respondió a la acción de tutela en los siguientes términos:

Sostiene el accionado que “el señor Orlando Serna Aristizábal se encuentra afiliado a CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA desde el 1 de enero de 2000, mediante contrato No. 310731, plan cereza excelso plus, el cual se encuentra actualmente activo para servicios.

Que dicho contrato es una reactivación del contrato Café Gourmet No. 308375030001, cancelado voluntariamente por el Sr. Serna Aristizábal el 09 de noviembre de 1999 según carta radicada y firmada por él: contrato iniciado el 12 de agosto de este mismo año”.
(Sic)(Negrillas fuera del texto).

Así mismo, expone que con ocasión del contrato referido se le solicitó al actor la realización de exámenes de ingreso, según comunicaciones del trece (13) de agosto de 1999 y ocho (8) de marzo de 2000, y que, a la fecha de contestación de la tutela, el señor Orlando Serna Aristizábal no se había realizado tales exámenes.

Arguye que la “RETINOPATÍA DIABÉTICA PROLIFERATIVA es una consecuencia de la diabetes, enfermedad conocida científicamente como metabólica, de lenta instauración y aparición de los síntomas, por lo cual dicha diabetes y sus consecuencias y complicaciones se fijan como preexistencias ya que la padecía desde el momento (o antes) de la firma del último contrato en enero de 2000 conforme se desprende de la historia clínica del Dr. Wilson Restrepo, con fecha 14 de septiembre de 2004, en la cual dice: “AP:DM (Metmorfin) desde hace 04 años”*. Científicamente está establecido y aceptado que para que exista una RETINOPATÍA DIABÉTICA han debido transcurrir por lo menos 10 años, razón por la cual se ha fijado tal patología como preexistente, así como su causa, que es la DIABETES MELLITUS; toda vez que el contrato actual tiene vigencia desde enero 2000, es decir, hace seis (6) años

*(AP significa Antecedentes Personales; DM significa Diabetes Mellitas Y Metmorfin es uno de los medicamentos para su tratamiento. Aclaración fuera del Texto)”. (Sic).

La Empresa de Medicina Prepagada aclaró que “La Panretinofotocoagulación de Retina, servicio mencionado por el señor ORLANDO SERNA ARISTIZÁBAL, LE HA SIDO NEGADA POR MEDICINA PREPAGADA, por tratarse de un procedimiento terapéutico para tratar una complicación de su patología preexistente: la Diabetes, enfermedad que se puede demostrar científicamente padecía al momento de iniciar su último contrato y por ende se trata de un clara limitación contractual, por cuanto el tiempo de evolución de su diabetes es igual o superior a la vigencia de su último contrato, para lo cual anexamos copia de la historia clínica, en la cual el médico consigna el tiempo de evolución para la diabetes”. (Sic).

Finalmente, CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA solicitó, al juez de instancia, negar por improcedente la acción de tutela por no encontrar probada la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. No obstante, en caso de que se le condena “se ordene a CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA S.A. a través del programa de Entidad Promotora de Salud a su cumplimiento con el correspondiente recobro al FOSYGA”.

I. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas que reposan en el expediente:

A. Pruebas aportadas.

1. Copia del contrato de medicina integral prepagada No. F0308375 plan café gourmet con fecha de iniciación 12 de agosto de 1999 y terminación 11 de agosto de 2000. (Folios 5 a 7).

Dentro del contrato de medicina prepagada aparece un anexo en el que se lee lo siguiente:

“Exclusiones iniciales.

Obs: orlando serna aristizábal y a maria eucaris botero salazar debe (n) practicarse examen de valoración integral, si dentro de los 30 días siguientes a la fecha de expedición del presente contrato, el (los) usuarios (s) no se practican los exámenes requeridos, sera (n) excluidos del contrato. La cobertura de sida, aplica del 1er dia del mes 37 de permanencia ininterrumpida en el contrato plan gourmet” (Texto original con mayúsculas).

En otro aparte del contrato se lee: (Folio 6).

“CONTRATO FAMILIAR DE MEDICINA PREPAGADA

CONDICIONES GENERALES

CAPITULO I

PARTES, OBJETO Y DEFINICIONES.

(...)

DECIMA: Valoración y/o paquete evaluativo. La valoración y/o paquete evaluativo es el examen que practica un profesional médico adscrito o cualquier otro médico designado por CAFESALUD a los usuarios que ella determine, cuyo costo deberá ser asumido por el usuario de conformidad con las tarifas establecidas por CAFESALUD. Cuando efectuada la valoración

y/o paquete evaluativo por el médico asignado éste considere necesario practicar estudios complementarios, su valor deberá ser cubierto en forma exclusiva por el usuario. Si el usuario no acepta la realización de algún procedimiento durante la evolución y/o paquete evaluativo (v.gr. tacto rectal, examen ginecológico), será excluido de cualquier patología que pueda evidenciarse de dicho examen. Los exámenes procedimientos requeridos en el paquete evaluativo son los siguientes:

Laboratorios. Glicemia, colesterol, HDL y LDL, triglicéridos, bun, creatina, citología, parcial de orina, cuadro hemático, transaminasas, antígeno prostático (hombres).

Exámenes. Rayos X de tórax, electrocardiograma, ecografía total y valoración por ginecología.

(...)”.

Finalmente, en la cláusula vigésima primera se establece:

“VIGESIMA PRIMERA.-Exclusión de usuarios.

(...)

Por su parte CAFESALUD podrá excluir en cualquier tiempo a uno o más de los usuarios, en los casos siguientes:

a) Cuando transcurridos treinta (30) días calendario contados a partir de la vinculación como usuario, éste, habiendo sido seleccionado por CAFESALUD para practicarse la valoración y/o paquete evaluativo, no se lo hubiere realizado”. (Se Subraya).

1. Copia del anexo de modificación del contrato de medicina prepagada en el que se incluye cambio por descuento POS (Folio 8).

1. Copia de la solicitud No. 108879 del 13 de agosto de 1999, con la que CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA requirió al señor Orlando Serna Aristizábal a practicarse un chequeo

médico con el propósito de estimar su estado de salud. En dicho documento se le manifestó al afiliado que tenía un plazo no superior a 30 días para realizarse la valoración integral. (Folio 9).

1. Copia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos del 13 de julio de 2006. (Folio 12).

1. Copia del carné de afiliación a CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA del señor Orlando Serna Aristizábal en el que aparece como fecha de inicio del contrato el primero de enero de 2000.(Folio 13).

B. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

En razón a que en el expediente no reposan los documentos que se relacionan en la contestación de la demanda radicada por el Gerente Regional de CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA, mediante auto del 5 de febrero de 2007 esta Sala solicitó a dicha empresa que remitiera lo siguiente:

a. Copia de él o los contratos de medicina prepagada firmados entre el señor Orlando Serna Aristizábal y CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA.

b. Copia de la historia clínica del señor Orlando Serna Aristizábal.

c. Copia de la comunicación del ocho (8) de marzo de 2000, referida en el folio dos (2) de la contestación de la demanda radicada por CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA, en la que solicitó al señor Orlando Aristizábal Serna realizarse los exámenes médicos de ingreso.

Por medio de comunicación allegada a la Secretaria General de la Corte Constitucional, CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA radicó memorial de respuesta a lo solicitado en el que

adjuntó los siguientes documentos:

1. Copia de la solicitud de afiliación No. 294321 debidamente firmada por las partes.
2. Copia del formato de “Soluciones en Salud: Cereza Plus Coberturas- Profesionales e Instituciones Adscritos” debidamente firmado por las partes.
3. Copia de la historia clínica con fecha de consulta de 14 de septiembre de 2004 realizada por el médico tratante Doctor Wilson Restrepo Ruiz.
4. Copia de la comunicación de 8 de marzo de 2000 en la que CAFESALUD solicitó al señor Orlando Serna Aristizábal la realización de los exámenes de ingreso.

I. DECISIONES JUDICIALES.

A. Primera Instancia. Sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Medellín.

El Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Medellín, mediante providencia del 2 de agosto de 2006, negó el amparo y declaró improcedente la acción de tutela.

Argumentó que la discusión que se plantea en vía constitucional debe ser resuelta por la justicia ordinaria. Al respecto sostuvo que “se encuentra en el caso de estudio, que la pretensión exclusiva buscada por medio de la presente acción de tutela se circunscribe a un aspecto de carácter netamente civil, derivado de una obligación contractual y legal por lo tanto susceptible de ser finiquitada únicamente por la Jurisdicción ordinaria, pues ciertamente se trata de un derecho tipificado en el ramo civil, pues nótese que la mayor prueba de ello es el contrato suscrito entre CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA y el paciente Orlando Serna Aristizábal” (Sic).

En consecuencia concluyó que el demandante escogió la vía equivocada, pues el

cumplimiento de un contrato de adhesión no se reclama por la expedita de la acción de tutela.

A. Impugnación.

El 10 de agosto de 2006, el señor Orlando Serna Aristizábal impugnó el fallo de tutela proferido por el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Medellín y manifestó que si bien el contrato de medicina prepagada es de naturaleza civil, lo que se pretende proteger por la vía de tutela son derechos fundamentales que se vulneraron al negar la prestación de los servicios médicos de carácter urgente.

Afirma que “ se aduce en la decisión de primera instancia (folio 11 y ss) que la pretensión se circunscribe a un aspecto de carácter netamente civil, pero dicha afirmación no es acertada, ya que la pretensión principal y única es la protección de un derecho fundamental como lo es LA SALUD en estrecha relación con los demás derechos que en mi concepto se vulneran por parte de Cafesalud Medicina Prepagada al negar la prestación de un servicios que se requiere con urgencia”. (Sic).

A. Segunda Instancia. Sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Medellín.

El 14 de septiembre de 2006, el Juez de instancia profirió sentencia en la que se decidió el recurso de apelación interpuesto por el actor en el sentido de confirmar el fallo del a quo. Adujo que los derechos y obligaciones del tutelante se encuentran contenidos en el contrato que firmaron las partes, lo que impide al juez ordenar a una entidad particular que presta servicios públicos de salud la realización de un procedimiento médico que ha sido fijado como una preexistencia.

Argumentó el juez de segunda instancia que “el señor Orlando Serna Aristizábal al escoger el contrato de servicios de medicina prepagada, se enteró de las condiciones pactadas en el convenio, antes de firmar el respectivo documento (...) sin que pueda considerarse la conducta de la empresa como violatoria del derecho a la salud”.

Finalmente, el juez explicó que, en este caso, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que amerite una decisión de fondo.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, y los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar las sentencias proferidas por los Juzgados Veintidós Penal del Circuito y el Veintiséis Penal Municipal de Medellín, mediante las cuales se resolvió declarar improcedente la tutela de la referencia.

1. Problema Jurídico que plantea la demanda.

De los hechos expuestos en la solicitud de tutela y de las pruebas que reposan en el expediente, se colige que el señor Orlando Serna Aristizábal se encuentra afiliado a CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA y que requiere una cirugía de vitrectomía con o sin silicon o gas endolaser OD para tratar la patología visual que padece, la cual se niega a autorizar la entidad accionada por considerar que éste es un tratamiento de una enfermedad preexistente y que, en consecuencia, no tiene la obligación de cubrir.

Se advierte así, que compete a esta Sala de Revisión analizar y determinar: (i) la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias entre un afiliado y la empresa de medicina prepagada; (ii) la naturaleza jurídica de la relación contractual que existe entre una empresa de medicina prepagada y un afiliado a ésta, las obligaciones que surgen de dichos contratos y las preexistencias y exclusiones que se pueden definir por las partes; (iii) la aplicación de la teoría del allanamiento al incumplimiento del contrato en los casos de medicina prepagada y, (iv) si en el caso concreto se presenta amenaza o vulneración de un derecho fundamental del señor Orlando Serna Aristizábal por parte de CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para solucionar controversias que versan sobre contratos de medicina prepagada.

Si bien los contratos de medicina prepagada se rigen por el derecho privado y las controversias que se puedan presentar en razón de los mismos deben solucionarse en la justicia ordinaria, la jurisprudencia constitucional ha dicho que, en casos excepcionales, se protegen los derechos de los afiliados mediante el ejercicio de la acción de tutela cuando se presenta violación o amenaza de derechos fundamentales¹.

Así, la protección de derechos por vía constitucional procede en primer lugar cuando una vez estudiados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, el juez identifica que se hace imperante su intervención con el objeto de salvaguardar un derecho fundamental, y en consecuencia se hace urgente una decisión definitiva respecto al caso.

La procedencia del amparo en los casos en los que las diferencias versan sobre contratos de medicina prepagada tiene su razón de ser en que las empresas que prestan dichos servicios finalmente proporcionan a los afiliados un servicio de carácter público que se encuentra vigilado por el Estado, y en desarrollo de dicho accionar puede amenazar el derecho a la salud siendo necesario que el juez de tutela conozca del caso para proteger los bienes jurídicos vulnerados.

Específicamente, en la sentencia SU-039 de 1992, esta Corporación aplicó la regla de excepción a la procedencia de la tutela en una acción interpuesta contra una empresa de medicina prepagada y expuso que: “(...)En el evento de que se alegue una preexistencia dentro del plan de medicina prepagada, la controversia debe ser resuelta, en principio, por la justicia ordinaria, si se refiere exclusivamente a materias de índole puramente contractual, pero cabe la tutela con efectos temporales y aun definitivos, cuando las circunstancias del solicitante lo ameriten para proteger la salud, y en conexidad con ella la vida, de aquél y de los beneficiarios del contrato (...) En el caso de autos, la tutela procede en forma definitiva por la inminencia y gravedad de la conducta potencialmente dañina, adelantada por un particular encargado de la prestación del servicio público de salud, en virtud de un contrato de medicina prepagada, respecto de los derechos fundamentales de su usuaria, haciendo inaplazable la toma de medidas urgentes mediante la protección extraordinaria de la tutela” (Se Subraya).

En efecto, en los casos referidos la decisión judicial debe ser definitiva para proteger en forma categórica los derechos fundamentales amenazados y evitar la afectación de los mismos.

1. Naturaleza jurídica de la relación contractual en el caso de Empresas de Medicina Prepagada.

El régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a partir de la reorganización que definió la Ley 100 de 1993, creó beneficios adicionales para los usuarios por medio de la figura de los Planes Adicionales de Salud (P.A.S.)³ y permitió que los afiliados obligatorios al régimen contributivo aseguren las contingencias que se presenten en materia de salud, por medio de la prestación de servicios complementarios, de carácter opcional y voluntario para los afiliados, y que son suministrados por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras ⁴. Dichos servicios se financian mediante el pago de sumas de los afiliados a entidades privadas lo que implica que los planes se costeen con recursos que cancelan los particulares que voluntariamente se afilian.

Dentro de los P.A.S definidos por la Ley 100 de 1993 se incluyeron los servicios de las entidades de medicina prepagada bajo la estructura de la contratación particular y discrecional que se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad. Tales servicios se rigen por los Decretos: 1570 de 1993, 1486 y 1222 de 1994 y 806 de 1998, entre otros.

El artículo 1° del Decreto 1486 de 1994 define la medicina prepagada como “(e)l Sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado”.

En cuanto a la definición de los planes de medicina prepagada la Corte sostuvo que:

“La medicina prepagada hace parte de los Planes de Atención Complementarios que pueden

brindarse en el marco de la atención en salud. Estos planes son conjuntos de servicios de salud, contratados mediante la modalidad de prepago, a través de los cuales se garantiza la atención de actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el POS o que garantizan condiciones diferentes o adicionales al mismo. El Plan Complementario de Salud es independiente del POS, libremente contratado por el afiliado, que opera como adicional al obligatorio y debe ser pagado en su totalidad por el afiliado, con recursos distintos a los de las cotizaciones obligatorias” 5.

Los contratos de medicina prepagada pueden incluir la prestación de servicios de: (1) promoción de la salud y prevención de la enfermedad; (2) consulta externa, general y especializada, en medicina diagnóstica y terapéutica; (3) hospitalización; (4) urgencias; (5) cirugía; (6) exámenes diagnósticos y (7) odontología, ya sea por la prestación en forma directa, a través de profesionales de la salud o instituciones de salud adscritas o a través de la libre elección por parte del usuario⁶.

El acuerdo de voluntades mediante el cual se crea el contrato de medicina prepagada debe fundarse tanto en el principio de buena fe como en la confianza mutua entre contratantes. Así, en la sentencia de unificación SU-039 de 1997, esta Corte afirmó:

“(…) Como quiera 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 mutua⁸ 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”.

Esta Corporación igualmente ha sostenido que los contratos de medicina prepagada y las actividades que estos incluyen “ (...)están fundamentadas en dos presupuestos básicos : 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 Salud⁹ (C.P., arts. 49, 150-21, 333 y 334)”¹⁰.

En consecuencia, los beneficios de los que gozan los afiliados a entidades de medicina prepagada deben estar consignados en un contrato, que se rige por las normas de derecho privado de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, y que igualmente está sometido a disposiciones de orden público y de rango constitucional. El Decreto 1570 de 1993¹¹ define claramente el contenido de este tipo de contratos y establece, entre otras, como exigencias que deben cumplir los mismos: 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.

Las normas sobre Planes Adicionales de Salud y específicamente sobre medicina prepagada permiten a las entidades que prestan dichos servicios realizar a los nuevos usuarios un examen de ingreso con el fin de definir en forma clara y precisa el cubrimiento en salud de los beneficios que se contratan.

Así, el Decreto 806 de 1998, en su artículo 21, establece que: “Para 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”¹².

Las entidades que ofrecen los servicios de medicina prepagada están, entonces, autorizadas por ley para determinar los servicios que se obligan a prestar mediante la definición de exclusiones y preexistencias, definidas estas últimas por el Decreto 1222 de 1994¹³, en la forma que se señala a continuación:

“ART.1º-Definición de preexistencia. Se considera preexistencia toda enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar existía a la fecha de iniciación del contrato

o vinculación, sin perjuicio de que se pueda diagnosticar durante la ejecución del contrato sobre bases científicas sólidas.

La demostración de la existencia de factores de riesgo, como hábitos especiales o condiciones físicas o genéticas, no podrán ser fundamento único para el diagnóstico a través del cual se califique una preexistencia.”.

De tal forma, cuando las empresas de medicina prepagada lo consideren necesario pueden solicitar a los afiliados con antelación¹⁴ a la firma del contrato la realización de un examen médico que permita identificar las exclusiones y las preexistencias del afiliado, las cuales se caracterizan por ser taxativas y en consecuencia deben definirse en forma clara y expresa para determinar las enfermedades o patologías que al momento de contratar padecen y, por tanto, no se incluyen como objeto de los servicios, es decir, no estarán amparadas.

Al respecto, en la sentencia T-512 de 1998¹⁵ se sostuvo:

“Las condiciones de expresión y taxatividad de aquellos padecimientos no cubiertos por el objeto contractual, suponen un impedimento para que sean pactados en forma genérica, es decir, sin atender a las condiciones particulares del usuario dispuesto a contratar con la compañía de medicina prepagada, entre otras razones porque con dicha exigencia no se le está obligando a la entidad a algo imposible, pues cuenta con el personal y los equipos necesarios para establecer con exactitud, antes de celebrar la convención, las dolencias físicas del usuario que no asumirá. Luego, estas excepciones a la cobertura deben derivarse de un examen médico previo a la celebración del contrato, el cual debe ser practicado al usuario por la compañía de medicina prepagada que, en todo caso, puede ser objetado por él con exámenes sustentados, practicados por profesionales de la medicina extraños a la compañía, en caso de duda o desacuerdo”. (Negrillas fuera de texto).

La realización del examen de ingreso permite a la entidad de medicina prepagada establecer las condiciones bajo las cuales va a prestar el servicio sin que estas puedan ser modificadas con posterioridad, con el fin de dar a las partes plena certidumbre acerca del alcance de la protección derivada del contrato y de los servicios que se prestarán en el futuro en el evento de requerirse, demandarse o exigirse por el afiliado.

La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que¹⁶:

“(…) Los contratos de medicina prepagada parten del supuesto de que la compañía prestadora del servicio cubrirá, a partir de su celebración o de la fecha que acuerden las partes, los riesgos relativos a la salud del contratante y de las personas que sean señaladas por él como beneficiarias.

Mientras el obligado en virtud del contrato pague oportunamente sus cuotas a la entidad, tiene pleno derecho a exigir de ella que responda por la totalidad de los servicios de salud ofrecidos.

Desde luego, el cumplimiento de tales compromisos va, en esta materia, mucho más allá del simple y literal ajuste a las cláusulas contractuales, ya que está de por medio la salud y muchas veces la vida de los usuarios.(…)”. (Se subraya).

Precisamente, los contratos de medicina prepagada deben responder a las condiciones particulares de cada afiliado y dar respuesta a sus necesidades en forma especial, por lo que no pueden ser contratos tipo o formato, sin que en cada caso especifiquen el cubrimiento y las obligaciones de las partes.

Esta Corporación en la jurisprudencia establece que¹⁷:

“(…) las compañías de medicina prepagada no pueden pactar excepciones a la cobertura de los contratos de manera general, excluyendo, por ejemplo, la atención de todas las enfermedades congénitas o para todas las preexistencias y, por tanto, se impone para ellas la obligación de determinar con exactitud cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario, lo cual solamente puede hacerse, a juicio de la Sala, a partir de un riguroso examen previo a la celebración del contrato”. (Negrillas fuera del texto). (...)”.

En tal sentido, esta Sala reitera la obligatoriedad de consignar en forma taxativa las exclusiones y preexistencias en los contratos de medicina prepagada y de mantener con ello la seguridad jurídica de los contratos y de las obligaciones que se derivan de los mismos, insistiendo en que la carga de la prueba respecto de las preexistencias y exclusiones está en cabeza de las empresas de medicina prepagada y no del asegurado, “constituyéndose en un imperativo jurídico que consten en el contrato y que ante tal deficiencia hay que presumir la buena fe del actor, en el sentido de que al momento de tomar el seguro, no sabía ni conocía

de la existencia de la enfermedad” 18.

1. Allanamiento al incumplimiento en los contratos de medicina prepagada.

En los contratos civiles de carácter bilateral el cumplimiento de las obligaciones entre las partes debe ser sinalagmático y debe propender a la contraprestación de cargas y beneficios para las mismas. El artículo 1609 del Código Civil señala que:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debido”.

Tal normativa corresponde a lo dispuesto en el derecho Romano bajo el principio de: “EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS”, que significa, según la Corte Suprema de Justicia, que “En los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquella tiene tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria”¹⁹

En dicho contexto, la figura del allanamiento al incumplimiento del contrato se aplica reiteradamente por esta Corporación mediante el uso de la figura del “allanamiento a la mora”, desarrollada ampliamente en las sentencias de tutela referentes a seguridad social en salud, en las que las entidades prestadoras de los servicios no han requerido a los afiliados respecto al pago oportuno del traslado de los aportes al sistema o al pago extemporáneo de los mismos, incurriendo en la suspensión de los servicios o prestaciones a las que están obligadas.

En la sentencia, T-059 de 1999²⁰, en un proceso contra una E.P.S. la Sala de Revisión sostuvo que:

“(…) Si la E.P.S se allana a cumplir, pese a que no ha recibido el aporte del beneficiario, es obvio que no puede suspender el servicio que venía prestando (…) porque el recibo extemporáneo de las cuotas allanó aún más el incumplimiento.

(...)

Hay que tener en cuenta que, el artículo 1609 del código civil, sobre excepción de contrato no cumplido se refiere al incumplimiento de ambas partes. Si el incumplido es uno solo, opera la condición resolutoria tácita (artículo 1546 del código civil): "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado pero en tal caso podría el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios." (Se subraya).

(...)

Siguiendo el planteamiento de dichos tratadistas, el interesado debe tomar partido y, el allanamiento es una forma de tomar partido en el sentido de aceptar la continuidad del contrato.

Si los hechos, en cada caso concreto, señalan que aunque se alegue la presunta destrucción del contrato, en el fondo ha habido un procedimiento indirecto de cumplimiento y la EPS allana la mora, no hay duda de la vigencia de la obligación a la prestación del servicio.(...)" (Se subraya).

Así, en lo casos de allanamiento a la mora por parte de las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud, y especialmente en casos de licencias de maternidad, esta Corporación ha reiterado que "Una mujer tiene derecho a percibir lo correspondiente a su licencia de maternidad, aunque haya cotizado extemporáneamente al Seguro Social, cuando la mora ha quedado saneada, es decir, cuando la cotización no ha sido devuelta o ha sido recibida sin objeción alguna²¹" por parte de la EPS. (Se subraya)

En igual sentido, en casos de suspensión en la prestación de los servicios de salud por pago extemporáneo de los aportes al sistema esta Corte ha reiterado que no puede la EPS dejar de atender a sus afiliados cuando se incurrió en mora si la entidad se allanó a la misma.

Así, se sostiene en la jurisprudencia constitucional que²²: "Si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido, a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida. A menos que el beneficiario

estuviera cobijado por la buena fe y que la E.P.S hubiera allanado la mora mediante el recibo de la suma debida. Si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, la E.P.S no puede suspender el servicio de atención al usuario ni alegar la pérdida de antigüedad acumulada por cuanto habría violación del principio de buena fe y no sería viable alegar la excepción de contrato no cumplido. Si la E.P.S se allana a cumplir, pese a que no ha recibido el aporte del beneficiario, es obvio que no puede suspender el servicio que venía prestando, en primer lugar, porque hay un término de seis meses que la ley señala para no perder la antigüedad acumulada y en segundo lugar, porque el recibo extemporáneo de las cuotas allanó aún más el incumplimiento.”

Lo expuesto indica que en los casos de contratos bilaterales en los que una de las partes se allane al incumplimiento o a la mora de la otra, no le es posible a esta última exigir el cumplimiento del contrato, de forma tal que pueda beneficiarse de su propia negligencia por no haber hecho el requerimiento oportunamente para exigir el pago de una obligación o dar por terminado el contrato mediante el uso, por ejemplo, de la figura de la resolución del contrato no cumplido.

En otra oportunidad, en un proceso en el que se tuteló el derecho al reconocimiento de una pensión de sobreviviente pese a que el Instituto de Seguros Sociales alegaba la cancelación extemporánea de las cotizaciones al sistema general de seguridad social, esta Corte sostuvo que es aceptable²³ “la aplicación por analogía iuris de la doctrina jurisprudencial del allanamiento a la mora, desarrollada de manera expresa hasta el momento en los casos de no pago de licencia de maternidad²⁴ y de incapacidades laborales²⁵, a los eventos en los que en virtud del retardo el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una acreencia laboral, llegándose a afectar el mínimo vital”.

En consecuencia, y con fundamento en lo precedente, es posible concluir que en los contratos de medicina prepagada puede aplicarse por analogía iuris la doctrina jurisprudencial del allanamiento a la mora, como figura que se deriva del allanamiento del contrato, para salvaguardar los derechos de los afiliados a este tipo de planes adicionales de salud, cuando las empresas prestadoras de los servicios no requieran a los usuarios el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por otra parte, como lo ha advertido esta Corporación la aplicación de las disposiciones del

contrato de seguros al régimen de planes de medicina prepagada, permite emplear la teoría de allanamiento al incumplimiento del contrato. Al respecto, se ha dicho:²⁶

“Por supuesto, quienes contratan con las compañías de medicina prepagada deben ser conscientes de que ellas, aunque se comprometen a prestar un conjunto de servicios que cobijan diferentes aspectos de salud (consultas, atención de urgencias, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, suministro de medicinas, entre otros), operan con arreglo a principios similares a los que inspiran el contrato de seguro, pues, 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”.

Pese a lo anterior, en los casos en los que la compañía aseguradora incurre en error inducido por el asegurado, las normas que rigen los contratos de seguros, y específicamente el artículo 1058 del Código Civil, permiten que tal circunstancia de reticencia o inexactitud del asegurado en la declaración de los hechos o circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo, de lugar a declarar la nulidad relativa del contrato de seguro o la modificación de las condiciones por parte de la aseguradora.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia sostiene al respecto que:

“No obstante, el mismo artículo 1058 en cita, establece las circunstancias que conducen a que la reticencia o la inexactitud no operen. Ellas son: a) Cuando la aseguradora ha conocido o debido conocer antes de celebrarse el contrato los hechos o circunstancias que versan sobre los vicios de la declaración, caso en el cual no puede alegar la nulidad relativa del contrato como tampoco pretender la reducción de su obligación, porque si la aseguradora ha conocido la realidad y acepta asumir el riesgo, no ha sufrido engaño. (...) y b) Cuando después de celebrado el contrato, la aseguradora tiene conocimiento de la reticencia o la inexactitud en que incurrió el tomador y guarda silencio, se entiende que lo allana, lo acepta, evento en el que tampoco puede alegar la nulidad del negocio jurídico, pues lo lógico es que tan pronto conozca las circunstancias que la indujeron al error no esté dispuesta a mantener el contrato y tome las medidas del caso, pero no que nada diga y se espere a que se dé el siniestro para alegar la reticencia o la inexactitud, porque, como quedó dicho, con su silencio allanó el vicio”.²⁷ (Se subraya).

De tal modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia establece que no es dable a las entidades aseguradoras aceptar la reticencia o inexactitud en las actuaciones del asegurado, pues con dicho proceder allana los vicios y en efecto pierde la posibilidad de declarar la nulidad relativa del contrato obligándose a conservar el mismo.

Así, el allanamiento al incumplimiento del contrato de medicina prepagada significa que la empresa acepta la continuidad del mismo, pese a existir irregularidad en la observancia del mismo por parte del afiliado, y en consecuencia, su omisión al no darlo por terminado cuando las circunstancias concretas lo ameritaron, no es una justificación aceptable que motive la vulneración de derechos fundamentales.

C. CASO CONCRETO.

De los elementos probatorios allegados al proceso se concluye que el señor Orlando Serna Aristizábal se encuentra afiliado a la Empresa CAFESALUD desde el año 1999, por contrato que fue reactivado en el año 2000, en desarrollo de la afiliación a medicina prepagada que se rige por las normas de derecho privado que reglamentan la materia y que se suscribió en el marco de los Planes Adicionales de Salud que contempla la ley 100 de 1993.

Igualmente se deduce del expediente que en la actualidad el tutelante sufre de una patología visual degenerativa, que amenaza su derecho a la salud y la vida en condiciones dignas, pues se encuentra en riesgo grave de perder su visión. Para ello el médico adscrito a la empresa demandada le ordenó como tratamiento cirugía de vitrectomía con o sin silicon o gas endolaser OD. Pese a la gravedad del estado de salud del actor CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA niega la autorización y realización de la cirugía bajo el argumento de ser la enfermedad una preexistencia del contrato.

Para iniciar, esta Sala no comparte los argumentos de los fallos de los jueces de instancia por medio de los cuales se declaró improcedente la acción de tutela incoada, por tratarse de un asunto meramente civil que corresponde dilucidar a la jurisdicción ordinaria, pues a pesar de que la relación de las partes se rige por un contrato privado que se cimienta en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se encuentra que CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA presta un servicio público de salud que se encuentra sujeto a normas legales y constitucionales de obligatorio cumplimiento y que limita su libertad contractual dado el carácter de interés público que tiene por su naturaleza.

Adicionalmente, en la acción de tutela bajo estudio se pretende la protección del derecho a la salud y por ende es competencia excepcional de esta Corte conocer del asunto por presentarse una presunta amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Así, a pesar de que la controversia que se debate debe ser, en principio, estudiada por la justicia ordinaria se aplicará en el caso concreto la excepción de la regla general para, en forma expedita, buscar protección a los derechos fundamentales amenazados, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte a la que se hizo mención en los apartes precedentes de este fallo.

En lo referente al fondo del asunto, de la revisión del expediente y específicamente del contrato tipo de medicina prepagada que firmaron las partes, se colige que este: i) es un contrato vigente a la fecha; ii) fue suscrito en el año 2000, por renovación de contrato del año 1999 y, iii) no contiene preexistencias definidas clara y taxativamente en el texto de dicho documento, entre otras características.

Si bien es cierto, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes que rige los contratos de derecho privado, las relaciones contractuales pueden definirse en forma libre, la ley ha definido algunos instrumentos de los cuales las empresas de medicina prepagada pueden hacer uso con el objeto de circunscribir y limitar sus obligaciones.

En efecto, aparece en el contrato suscrito por CAFESALUD y el señor Orlando Serna Aristizábal una observación en la que se impone, a éste último, que se realice un examen de valoración integral en cumplimiento de la cláusula décima del mismo, en los siguientes términos:

“Valoración y/o paquete evaluativo. La valoración y/o paquete evaluativo es el examen que práctica un profesional médico adscrito o cualquier otro médico designado por CAFESALUD a los usuarios que ella determine, cuyo costo deberá ser asumido por el usuario de conformidad con las tarifas establecidas por CAFESALUD. Cuando efectuada la valoración y/o paquete evaluativo por el médico asignado éste considere necesario practicar estudios complementarios, su valor deberá ser cubierto en forma exclusiva por el usuario. Si el usuario no acepta la realización de algún procedimiento durante la evolución y/o paquete evaluativo (v.gr. tacto rectal, examen ginecológico), será excluido de cualquier patología que pueda evidenciarse de dicho examen. Los exámenes procedimientos requeridos en el paquete evaluativo son los siguientes:

Laboratorios. Glicemia, colesterol, HDL y LDL, triglicéridos, bun, creatina, citología, parcial de orina, cuadro hemático, transaminasas, antígeno prostático (hombres).

Exámenes. Rayos X de tórax, electrocardiograma, ecografía total y valoración por ginecología”.

Reposan igualmente en el expediente, copias de las cartas remitidas por CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA al Señor Serna Aristizábal, los días 13 de agosto de 1999 y 8 de marzo de 2000, en las que se le informa que debe practicarse un chequeo médico con el propósito de estimar su estado de salud. Afirma, al respecto la empresa accionada que con tales requerimientos y el paquete evaluativo que se debió realizar el actor, se pretendía identificar las preexistencias del contrato.

No obstante, lo cierto es que, en el momento en que se suscribió el contrato, no se incluyeron las preexistencias o exclusiones en forma expresa pues la valoración médica del actor no se realizó con antelación a su firma, por lo que no aparecen relacionadas en el texto del documento, o en un anexo, las enfermedades y afecciones que padecía el señor Serna Aristizábal al momento de la contratación.

Si bien en el caso concreto CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA solicitó al tutelante acudiera a realizarse el paquete evaluativo, con el fin de determinar las preexistencias, las solicitudes que reposan en el expediente son de hace más de 5 años y con posterioridad no existe prueba alguna de que se hubiera requerido de nuevo al actor.

Aunque es evidente que la empresa quiso conocer las preexistencias del actor, para esta Sala es extraño que CAFESALUD MEDICINA PREGADA, pese a que no logró respuesta del afiliado respecto al examen de ingreso, recibió durante un periodo mayor a 5 años los pagos del contrato sin hacer uso de otros mecanismos de resolución por incumplimiento del mismo. La cláusula vigésima primera del contrato CAFESALUD estipula que es una de las causales de exclusión de usuarios, la no realización del paquete evaluativo, como se cita a continuación:

“Por su parte CAFESALUD podrá excluir en cualquier tiempo a uno o más de los usuarios, en los casos siguientes:

a) Cuando transcurridos treinta (30) días calendario contados a partir de la vinculación como usuario, éste, habiendo sido seleccionado por CAFESALUD para practicarse la valoración y/o paquete evaluativo, no se lo hubiere realizado”. (Se Subraya).

De lo anterior se deriva que CAFESALUD contaba con los mecanismos suficientes para excluir del contrato al señor Serna Aristizábal y no lo hizo pero a cambio recibió los pagos a los que se obligó el actor como parte del mismo.

En consecuencia, para esta Sala, el recibo de los pagos del contrato significan, de acuerdo con la teoría del allanamiento al incumplimiento del contrato desarrollada por la jurisprudencia, una aceptación tácita de la continuidad del contrato, pues el pago nunca fue devuelto ni se objetó su recepción durante los años 2000 a 2006 , beneficiándose CAFESALUD de su propia negligencia.

Otra prueba de la omisión de la entidad al recibir los pagos del contrato y no excluir del mismo al actor, se encuentra en los documentos que envió CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA en respuesta al auto de pruebas proferido por esta Sala, en los que aparece copia de la historia clínica con fecha de consulta septiembre 14 de 2004²⁸, situación que se entiende como un hecho notorio de la continuación en la prestación de los servicios por parte de la empresa sin oposición al cumplimiento del contrato.

En consecuencia, esta sala aplicará por analogía iuris la doctrina jurisprudencial del allanamiento al incumplimiento, puesto que la empresa de medicina prepagada guardó silencio al respecto y aceptó la falta de realización del paquete evaluativo, como ocurre en el régimen que regula los contratos de seguros y que se aplica a los de medicina prepagada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia²⁹.

De la misma manera, en virtud del principio de continuidad que rige el sistema general de seguridad social en salud CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA debe continuar prestando los servicios al señor Orlando Serna Aristizábal, pues al allanarse al incumplimiento lo aceptó y saneó así todo tipo de irregularidades al respecto.

Sostiene la Corte que³⁰: “La jurisprudencia constitucional también ha establecido que las diferencias relacionadas con la naturaleza jurídica, el vínculo contractual y método de financiamiento entre las instituciones del sistema general de seguridad social en salud y las

entidades que ofrecen planes adicionales de salud, no son óbice para que tanto en uno como en otro caso resulten aplicables las disposiciones constitucionales sobre el contenido y alcance del derecho a la salud. Ello por la simple circunstancia que ambos sistemas están diseñados para permitir el ejercicio del mismo derecho constitucional. Por tanto, previsiones tales 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 en el marco de los planes obligatorios, al igual que los ofrecidos por la medicina prepagada”. (Se subraya). (Sic).

Así, la empresa accionada tiene la obligación de continuar con la prestación de los servicios, ya que después de 5 años de recibir los pagos no existe justificación alguna para interrumpir su prestación. En efecto, y en observancia del principio de continuidad debe CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA en adelante prestar los servicios médicos que requiere en accionante sin tener la facultad para dar por terminado el contrato, pues como se mencionó el incumplimiento respecto a la realización del paquete evaluativo quedó saneado con el allanamiento, es decir, con el recibo de los pagos por parte del afiliado durante el periodo de los años 2000 a 2006.

En consecuencia, CAFESALUD MEDICINA PREPGADA debe autorizar y realizar al señor Serna Aristizábal, no solamente, la cirugía de vitrectomía con o sin silicon o gas endolaser OD, sino también los tratamientos y servicios que requiera, suprimiendo en forma definitiva las preexistencias que alega, referentes a diabetes u otras patologías, por no encontrarse estas descritas en el contrato suscrito.

Por otra parte, se observa que la cláusula vigésima octava del contrato suscrito, excluye las malformaciones congénitas del cubrimiento del contrato, sin señalar expresamente cuáles, lo que indica que no acoge CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA lo dispuesto por la jurisprudencia de esta Corte ya que en la parte motiva de esta sentencia se dejó claro que estas deben ser expresas y no pueden referirse a situaciones generales y universales, motivo por el cual se llama la atención de la empresa respecto a los contratos tipo que utiliza para prestar sus servicios.

Debe entonces la entidad accionada definir en los contratos que suscribe cuáles son las preexistencias y las exclusiones de los mismo consignándolas taxativa y expresamente y

definiéndolas en cada caso concreto sin acudir a cláusulas generales para todos los casos.

En conclusión, esta Sala decidirá, acogiendo la teoría del allanamiento al incumplimiento del contrato, proteger el derecho fundamental a la salud del señor Orlando Serna Aristizábal y ordenar a CAFESALUD MEDICINA PREPGADA que le autorice a éste la cirugía de vitrectomía con o sin silicon o gas endolaser OD que requiere para el tratamiento de su enfermedad y los servicios que necesite, con cargo al contrato de medicina prepagada, en razón de la diabetes proliferativa que padece.

Lo anterior debido a que con su actuación la empresa demandada está vulnerando los derechos fundamentales del actor, ya que al no prestarle los servicios médicos amenaza su derecho a una vida en condiciones dignas y pone así en riesgo su integridad personal y su calidad de vida al no tratar la enfermedad que le puede ocasionar ceguera, lo que hace necesario que en el caso concreto proceda la acción como mecanismo definitivo.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto mediante auto del cinco (5) de febrero de 2007.

SEGUNDO. – REVOCAR el fallo proferido por el Juez Veintidós Penal del Circuito de Medellín, mediante providencia del 14 de septiembre de 2006, el cual confirmó el fallo del Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Medellín que negó el amparo de tutela al declarar la acción improcedente, por los motivos expuestos en las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO.- En consecuencia CONCEDER el amparo de los derechos a la salud, la vida y la seguridad social del señor Orlando Serna Aristizábal y ORDENAR a CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, autorice la cirugía de vitrectomía con o sin silicon o gas endolaser OD al señor Orlando Serna

Aristizábal y preste los servicios, tratamientos y procedimientos médicos que para la recuperación de su salud necesite, de acuerdo con lo prescrito por un médico tratante adscrito a la entidad.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver al respecto las Sentencias SU-1554 de 2000, T-699 de 2004, T-731 de 2004, T-875 de 2006.

2 M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

3 Decreto 806 de 1998. ARTICULO 18. DEFINICION DE PLANES ADICIONALES DE SALUD, PAS. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un

servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

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 las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

4 Decreto 806 de 1998. Artículo 17.

5 Sentencia T- 533 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández.

6 Decreto 1570 de 1993. Artículo 6.

7 M.P.: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

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

9 Ver la Sentencia C-274/96, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

10 Sentencia 039 de 1999. M. P.: Dr. Hernando Herrera Vergara.

11 ART. 15.—Contratos con los usuarios. 1. Requisitos mínimos. Los contratos que suscriban las empresas de medicina prepagada deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

(1) Su contenido debe ajustarse a las prescripciones del presente decreto y a las disposiciones legales que regulen este tipo de contratos so pena de ineficacia de la estipulación respectiva. Para la determinación de las causales de nulidad absoluta y relativa, se observarán las disposiciones vigentes sobre la materia aplicables a la contratación entre particulares.

(2) Su redacción debe ser clara, en idioma castellano, y de fácil comprensión para los usuarios. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles.

(3) Modificado. D.R. 1486/94, art. 7º. El contrato debe contener mención expresa sobre su vigencia que no podrá ser inferior a un (1) año, el precio acordado, su forma de pago, el nombre de los usuarios y la modalidad de aquél.

(4) Modificado. D.R. 1486/94, art. 7º. Serán anexos obligatorios de cada contrato, la solicitud del contratante, las declaraciones del estado de salud de los usuarios, las tarifas vigentes y los directorios médicos de las ciudades donde se prestarán servicios.

(5) El contrato debe llevar las firmas de las partes contratantes.

(6) De cada contrato suscrito debe quedar copia para el contratante, sin perjuicio de la prueba que debe tener la empresa en cuanto a la clase y número de los contratos que tiene suscritos.

(7) Modificado. D.R. 1486/94, art. 7º. Cualquier modificación a un contrato vigente deberá realizarse de común acuerdo entre las partes. No se entenderán como válidas las estipulaciones encaminadas a lograr la renuncia del usuario a derechos que se derivan o pueden llegar a derivarse del programa a través de exclusiones o preexistencias que no estaban previstas en el programa original, a menos que se trate de un cambio de programa, aceptado voluntariamente por el usuario. Tampoco podrá ser condición impuesta al usuario para renovar sus contratos, el que acepte modificaciones al régimen que inicialmente acordó en materia de preexistencias o exclusiones o el que se traslade a un determinado programa.

(8) El régimen de exclusiones y preexistencias debe establecerse en caracteres destacados.

12 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.

14 Ver sentencia: T-065 de 2004. M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería “Acerca de este punto es oportuno recordar que a efecto de que las entidades de medicina prepagada cuenten con un instrumento que les permita establecer aquellas enfermedades que tienen el carácter de preexistentes o congénitas y por tanto resultan excluidas de la cobertura del Plan de Atención Adicional la ley y los reglamentos establecieron la práctica de un examen médico integral de ingreso a los usuarios, previamente a la celebración del contrato”.

15 M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Ver entre otras las sentencias: SU-1514 de 2000. M. P.(e): Dra. Cristina Pardo Schlesinger; T-065 de 2004. M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentarías; Sentencia T-290 de 1998. M. P.: Dr. Fabio Morón Díaz.

16 Sentencia T-533 de 1996, M. P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

17 Sentencia T-290 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Moron Diaz.

18 Sentencia: T 152 de 2006. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

19 Sentencia de Casación del 29 de noviembre de 1978.

20 M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

21 Sentencia T-664 de 2002. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Sentencia T-059 de 1997. M.P.: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

23 Sentencia T-043 de 2005.

24 Ibídem.

25 En la Sentencia T-413 de 2004, esta Corporación aplicó la doctrina constitucional del allanamiento a la mora a un caso en el que se solicitaba por vía de tutela el pago de una incapacidad laboral. En este sentido señaló que “Si bien hasta el momento la Corporación ha aplicado la tesis a negativas de pago de licencia de maternidad, esta Sala de Revisión considera que tal criterio también puede ser aplicado, mutatis mutandi, cuando por la mora en el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una incapacidad laboral, llegándose a afectar el mínimo vital. En esta situación se presentan tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia:”.

26 Sentencia T-533 de 1996, M. P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

27 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Magistrado Ponente: DR. Pedro Lafont Pianetta. Santa fe de Bogotá, D.C., Octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y

cinco (1995).

28 Folio 23. Cuaderno Corte Constitucional.

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Magistrado Ponente: DR. Pedro Lafont Pianetta. Octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

30 Sentencia T-724 de 2005. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño.