

Sentencia T-203/08

ACCION DE TUTELA-Fallecimiento del menor hijo del peticionario durante el trámite del proceso no exime pronunciamiento de fondo

A pesar de que el niño por quien se solicitó la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social, falleció dos días después de producirse la sentencia de segunda instancia y, en consecuencia, ya no hay orden que pueda darse a su favor, en este caso es procedente un estudio de fondo, a fin de determinar si las decisiones de los jueces de tutela fueron respetuosas de los preceptos superiores.

CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA-Exclusiones

No pueden liberarse las empresas de medicina prepagada de sus responsabilidades contractuales, ni modificar unilateralmente, en el curso del contrato, los términos del mismo. Para aducir una preexistencia, si al momento de la afiliación no se especificó qué servicios médicos estaban excluidos, mal puede cambiarse la situación del paciente, menos ante la gravedad de una enfermedad.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Orden de compulsar copias para que se analice lo procedente frente a la actitud asumida por la Prepagada Colsanitas

Referencia: expediente T-1733832.

Acción de tutela instaurada por Fernando Cuéllar Pedraza en representación del menor Sebastián Fernando Cuéllar Ocampo, contra Medicina Prepagada Colsánitas, S. A.

Procedencia: Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de

sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Fernando Cuéllar Pedraza en representación de su hijo Sebastián Fernando Cuéllar Ocampo, menor de edad, contra Medicina Prepagada Colsanitas S. A.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo dicho Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; el 24 de octubre de 2007 la Sala de Selección N° 10 de la Corte escogió el presente proceso, para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

El señor Fernando Cuéllar Pedraza, en representación de su hijo Sebastián Fernando Cuéllar Ocampo, nacido el 21 de septiembre de 1997, instauró acción de tutela el 12 de febrero de 2007 ante el reparto de los Juzgados Penales Municipales de Bogotá, correspondiéndole al 55 con Funciones de Control de Garantías, con el fin de que le sean amparados sus derechos a la vida, la salud y la seguridad social, que considera vulnerados por la empresa demandada, según se sintetiza a continuación.

1. Hechos y relato contenido en la demanda.

1.1. El demandante señala que su hijo Sebastián Fernando Cuéllar Ocampo, afiliado a Medicina Prepagada Colsanitas S. A., tiene 10 años de edad y permanece postrado en una cama todo el día, en razón a que desde su nacimiento padece hipotonía, además de “secuelas de tratamiento de quimioterapia por Hepatoblastoma, amén de un síndrome epiléptico origen de las convulsiones” (f. 1 cd. inicial).

1.2. “Hace varios meses”, los médicos de Colsanitas le diagnosticaron “síndrome hipotónico severo agresivo, síndrome convulsivo, síndrome broncoobstructivo recurrente reagudizado hipersecretor, reflujo, gastroesofágico, trastorno severo del desarrollo psicomotor” (f. 2 ib). Por ello se le ordenó el suministro de medicamentos, manejo de sondas de succión y de alimentación, para lo cual se inició un tratamiento en el Programa de Hospitalización Domiciliaria, con atención de enfermera día y noche y supervisión pediátrica PHD-1, servicio

que venía suministrándose en forma continua, pero en septiembre de 2006, les informaron que cambiarían la atención de PHD-1 a PHD-2, con lo cual las enfermeras serían retiradas.

1.3. El 7 de febrero de 2007 fue ratificada esa información, por los médicos tratantes, el Comité Científico y el Programa de Hospitalización Domiciliaria de Colsanitas; en consecuencia, señalaron que el menor quedaría sin la atención de las enfermeras, al considerar que la familia debía ser entrenada para el manejo del niño; así, la atención de PHD-1 terminó el 9 de febrero de dicho año.

2. Pretensión de la demanda.

En vista de lo anterior, el actor pretende que como resultado de la acción de tutela interpuesta y dado que la madre del menor y él tienen que trabajar todo el día, quedando el niño al cuidado de su abuela, señora de 60 años imposibilitada para esos cuidados (f. 32), se ordene a Medicina Prepagada Colsanitas S. A. que autorice, suministre y cubra el 100% de la atención de PHD-1, es decir, enfermeras, medicamentos y, en general, todo lo que la salud del niño requiera.

3. Actuación procesal.

Mediante auto de febrero 13 de 2007, el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal con Función de Control de Garantías admitió la demanda y corrió traslado a la entidad accionada, fijándole el término de dos días para dar respuesta a los hechos expuestos por el actor.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado decretó una medida provisional, a fin de que Medicina Prepagada Colsanitas S. A. de manera inmediata y sin costo alguno continúe con la autorización y cobertura del programa de hospitalización domiciliaria que el menor venía recibiendo, incluyendo enfermera diurna y nocturna, además de sondas, medicamentos y exámenes, de conformidad con lo ordenado por el médico tratante, a que alude el accionante, con el fin de preservar el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna del menor.

3.1. Respuesta de Medicina Prepagada Colsanitas S. A. al Juzgado de tutela.

Dos representantes de la entidad demandada, mediante oficios de febrero 16 y 19 de 2007, contestaron el requerimiento del Juzgado así:

El primero de ellos señaló que el menor está vinculado a la compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S. A., mediante contrato colectivo de servicios Plan Integral N° 1010-119956-242. Refirió que el niño presenta “síndrome hipotónico, síndrome convulsivo y retardo del desarrollo psicomotor” e informó que Colsanitas ha realizado el cubrimiento de todos los servicios que ha requerido el menor con ocasión de su enfermedad, de acuerdo con las coberturas del contrato suscrito y con lo formulado por el médico tratante, como son: “quimioterapias, resonancia magnética de cerebro, audiometría, ecografía de abdomen, tomografía de abdomen, electromiografía y neuroconducción, hospitalizaciones, gastrostomía endoscópica, piloroplastia y cirugía antirreflujo, terapias físicas, respiratorias, ocupacionales y del lenguaje en su domicilio, y hospitalización domiciliaria” (f. 34 ib.).

Así mismo, recordó que el menor ingresó en el programa de medicina prepagada desde el 23 de julio de 2006, “para entrenamiento de succión y de gastrostomía”, contando con la presencia de “auxiliar de enfermería 24 horas”, hasta el 11 de febrero de 2007.

Durante la permanencia en el programa de hospitalización domiciliaria se entrenó a los padres y a la abuela para el cuidado del menor y el 12 de febrero de 2007 se entregaron órdenes de oxígeno y succionador, para ser tramitadas ante la EPS Sanitas, además de formulación de medicamentos por un mes y préstamo de equipos médicos para ser manejados en el domicilio del menor.

Por tanto, consideró que Medicina Prepagada Colsanitas S. A. en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales del niño y no puede responder por cuidados de tipo afectivo, pues la empresa no tiene como ofrecer esta clase de soluciones.

Adujo que la familia no puede apartarse de la responsabilidad “sicoafectiva” que ahora necesita el paciente y señaló que la entidad realizará el cubrimiento económico de los servicios que le sean prescritos al menor, incluyendo la hospitalización domiciliaria cuando sea dispuesta por su médico tratante y de acuerdo con lo pactado en el contrato de medicina prepagada, precisando que la entidad ha actuado dentro del marco legal que regula su actividad.

Explicó que el niño Sebastián Fernando se encuentra afiliado a la EPS Sanitas S. A, por lo cual solicitó al Juez de tutela que vincule a dicha entidad para que se pronuncie acerca de la cobertura de los servicios solicitados por el padre.

Finalmente aclaró que en cumplimiento de la medida provisional decretada, emitió el respectivo volante de autorización de servicios, mediante el cual realizará el cubrimiento económico de la hospitalización domiciliaria con enfermera 24 horas y visita médica diaria.

De otra parte, en oficio de febrero 19 de 2007, otro representante legal de Colsanitas S. A. informó que en cumplimiento de la medida provisional, envió copia simple de la hoja de ruta en la que consta que el paciente recibió la atención médica que requería.

3.2. Vinculación oficiosa de la EPS Sanitas.

Mediante oficio N° 0167 de febrero 23 de 2007 (fs. 40 y 41 ib.), el Juzgado decidió vincular a la EPS Sanitas en calidad de demandada, solicitándole las explicaciones que considere necesarias sobre la acción de la referencia, a fin de que ejerza su derecho de defensa. Sin embargo, la entidad guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal de Bogotá, con Funciones de Control de Garantías, en fallo de marzo 1° de 2007, decidió tutelar el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas del menor Sebastián Fernando Cuéllar Ocampo.

En consecuencia, ordenó que en el término de 48 horas autorice y suministre al actor el servicio de hospitalización domiciliaria PHD-1 en las mismas condiciones que se le venía prestando, incluyendo enfermería diurna y nocturna y el tratamiento integral que el menor requiera, con cargo del 100% al contrato vigente de medicina prepagada. Exoneró al actor del pago de asistencia médica diario (bono) y dejó como definitiva la medida provisional decretada.

Para su decisión, tuvo en cuenta en primer lugar la afiliación del demandante al plan obligatorio de salud con la empresa Sanitas como cotizante, siendo su hijo beneficiario del mismo. Recordó el principio de buena fe en la ejecución de los contratos de medicina prepagada y la taxatividad de las preexistencias y exclusiones, según lo ha manifestado la jurisprudencia constitucional desde 1996, concluyendo que en el caso concreto el actor suscribió un contrato de medicina prepagada con la misma entidad, con la que tiene suscrito

el POS, contrato en el cual desde el inicio no se relacionó ningún tipo de preexistencias o exclusiones, ni le fue practicado al menor un examen médico de ingreso, por lo cual no puede la entidad omitir la prestación de los servicios solicitados, pues esto debió haberse consignado de manera clara, expresa y taxativa en el contrato de medicina prepagada y sus anexos.

Concluyó señalando que es claro que la suspensión del servicio de salud contratado pone en riesgo la integridad física del menor y le impide gozar de una vida en condiciones dignas. Además, no se justifica que las consecuencias del ejercicio extralimitado de la autonomía privada de la libertad para contratar tengan que ser asumidas por el régimen general de seguridad social en salud (Sanitas EPS), pues tal perspectiva liberaría a las instituciones de medicina prepagada de sus responsabilidades contractuales, so pretexto de la posibilidad de atención en salud con cargo a los planes obligatorios.

5. Impugnación.

Mediante oficio de marzo 8 de 2007, el representante legal de Medicina Prepagada Colsanitas S.A. impugnó la decisión del a quo, señalando que la entidad ha realizado el cubrimiento económico de todos los servicios que ha requerido el menor con ocasión de su enfermedad, de acuerdo con las coberturas del contrato suscrito y de conformidad con lo ordenado por el médico tratante.

Explicó que el servicio solicitado a través de tutela no fue prescrito, ya que el niño fue dado de alta el 19 de febrero de 2007, para entrar al programa de crónicos con una visita mensual los días 26 de cada mes y realización de terapias domiciliarias. El médico que realizó la visita, afirmó que corresponde a la familia el cuidado del menor.

Por tanto, repitió que la familia no puede apartarse de la responsabilidad “sicoafectiva” que ahora necesita el paciente, mucho más en el estado que lo aqueja y no puede el aparato judicial, prestarse para subsidiar una actitud como la que se demuestra en el presente caso, en donde lo que se pretende es evadir la responsabilidad moral.

En cuanto al tratamiento integral ordenado por el Juez, el representante legal de la entidad señaló que la decisión no tiene en cuenta que se trata de una empresa privada que contrata unos servicios determinados y limitados adicionales al Plan Obligatorio de Salud.

Señaló que los contratos deben ejecutarse de buena fe, tal como lo consagra el artículo 1603 del Código Civil. Asimismo, en el periodo precontractual cada parte debe observar una conducta acorde con las exigencias de la buena fe, de tal manera que una vez celebrado el acto no puede decirse que una de ellas colocó a la otra en condiciones de inferioridad.

Reiteró que el menor no se encuentra desprotegido en cuanto a los servicios de salud, ya que se encuentra afiliado a una EPS y “es a dicha entidad a la que debe solicitar los servicios que no se lleguen a encontrar pactados más aún si se tiene en cuenta que las EPS tienen la posibilidad de repetir ante el Fosyga por los gastos que excedan su cobertura” (f. 72 cd. inicial).

6. Sentencia de segunda instancia.

Mediante sentencia de mayo 7 de 2007, el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá revocó la decisión de primera instancia al considerar que, por regla general, el escenario para que se diriman las controversias suscitadas en los contratos de medicina prepagada es la jurisdicción ordinaria, pues en estos casos se está en presencia de 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.

Citó algunos pronunciamientos de esta Corte sobre preexistencias, para concluir que el contrato de medicina prepagada se rige bajo los principios de libertad y buena fe contractual en todos los estadios del proceso de contratación.

Precisó que al suscribir un contrato de afiliación se especifica de manera expresa, taxativa y particular las enfermedades o afecciones que, de acuerdo a la relación contractual, se van a excluir de la obligación de prestación de determinados servicios, debido a que son preexistencias a la entrada en vigencia del negocio jurídico.

Sobre el caso en particular, afirmó que si bien con el actor al momento de suscribir el contrato de medicina prepagada, no se anotó de manera expresa ningún tipo de preexistencias, no podía ordenar el Juez de tutela que continúe con el Programa HD-1, pues el mismo no ha sido solicitado por el médico tratante.

Expresó que “el despacho no desconoce el estado de salud del menor”, pero dentro del

proceso brilla por su ausencia la solicitud médica en la que se ponga de manifiesto que debido al estado del paciente, “se requiere del Programa de Hospitalización Domiciliaria 1, todo lo contrario su médico tratante considera que debe pasarse al PHD2” (f. 84 ib.).

7. Prueba remitida a la Corte Constitucional.

En oficio enviado vía fax a esta corporación el 11 de febrero de 2008, el actor afirmó que su pequeño hijo falleció el 9 de mayo de 2007, adjuntando copia del certificado civil de defunción.

En el escrito señala que contó con el apoyo de la Defensoría del Pueblo para instaurar esta tutela, debido a que Medicina Prepagada Colsanitas S.A. decidió cancelar el servicio de vital importancia para la vida de su hijo y después de tener a su favor la decisión de primera instancia, “el programa se demoraba con los turnos de las enfermeras, los medicamentos y terapias, importantes como la respiratoria, no eran en las horas que el niño las necesitaba, el oxígeno no llegaba a tiempo” (fs. 89 y ss. ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte es competente para conocer esta demanda en Sala de Revisión, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

A pesar de que el niño por quien se solicitó la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social, falleció dos días después de producirse la sentencia de segunda instancia y, en consecuencia, ya no hay orden que pueda darse a su favor, en este caso es procedente un estudio de fondo, a fin de determinar si las decisiones de los jueces de tutela fueron respetuosas de los preceptos superiores.

Es pertinente aclarar que en varias oportunidades¹ esta corporación ha manifestado que la muerte del peticionario acaecida durante el trámite de la revisión, no exime a la Corte de emitir un pronunciamiento de fondo sobre el objeto del debate y que tal situación no puede

considerarse simplemente como “hecho superado”. Justamente en sentencia de unificación SU-540 de julio 17 de 2007, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, la Corte precisó:

“... no resulta apropiado referirse a un hecho superado cuando acontece la muerte del demandante, menos aún cuando esa muerte es consecuencia directa de la acción u omisión que generó la vulneración de los derechos fundamentales, como ha sucedido en algunos casos. Pero si se quisiera ir más allá, para abundar en justificaciones, y adoptar el sentido literal de las palabras, la acción ‘superar’ significa, entre otras acepciones, ‘vencer obstáculos o dificultades’, con lo cual queda claro que no es posible sostener que la muerte de un ser humano, especialmente circunscribiéndose dentro del contexto del proceso de tutela en el cual se pretende el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales, se pueda entender como el vencimiento de un obstáculo o dificultad, pues sin lugar a dudas los efectos de esa muerte frente a la afectación de los derechos fundamentales es, más propiamente, una pérdida o un daño consumado, como se verá a continuación.

De manera que, la circunstancia de la muerte del actor en tutela configura un daño consumado, que no necesariamente conduce a la improcedencia de la tutela porque ‘la existencia de una carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte analice’ a través del estudio de fondo sobre la vulneración que se puso en conocimiento de los jueces de tutela, ‘si existió una vulneración y, de esta manera, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita’².

En efecto, la Corte Constitucional ha sostenido que, aunque ocurra la muerte del peticionario durante el trámite de la tutela, conserva la competencia para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate, porque si bien es cierto que por esa causa, entendida como un daño consumado, la Corte queda impedida para impartir contra el demandado la orden a que hace referencia el artículo 86 Superior, también lo es que en virtud de su función secundaria³, en la eventual revisión de los fallos de tutela, debe resolver sobre el fondo del asunto sometido a su estudio, i.) en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, que prohíbe la emisión de fallos inhibitorios en materia de tutela y ii.) en consideración a que sus funciones, en materia de tutela, exceden a las que cumple ordinariamente un tribunal de instancia⁴.”

Dentro de este contexto, aunque la acción de tutela interpuesta por el señor Fernando Cuéllar Pedraza en representación de su menor hijo, no tiene objeto, pues ya no puede tomarse una decisión específica para la protección de los derechos fundamentales del niño, como se mencionó, es procedente un pronunciamiento de fondo, pues además de que se cuestiona el límite de las obligaciones existentes en una relación contractual proveniente de la prestación del servicio de salud por parte de una empresa de medicina prepagada, debe tenerse en cuenta que quien solicitaba el servicio médico era un menor, cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás (art. 44 Const.).

Tercera. La vida, la salud y la seguridad social de los niños son derechos fundamentales autónomos y prevalecientes.

Cuando de menores de edad se trata, la salud y la seguridad social, derechos originariamente considerados como de carácter prestacional, adquieren una connotación especial, en razón del carácter que frente a ellos realza el artículo 44 de la Constitución, cuya protección da lugar a la intervención directa del juez constitucional. Al respecto, esta corporación ha sido reiterativa⁵ en señalar:

“...el Constituyente creó una especial protección de los menores frente a las demás personas, elevando a la categoría de fundamentales los derechos referenciados, los que además deben ser protegidos de manera preferente, para garantizarle un desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los mismos.

Protección constitucional a los niños que adquiere el carácter de reforzada cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad física o mental, toda vez que de conformidad con lo prescrito en el artículo 13 de la Constitución existe un mandato para el Estado de proteger a aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta en razón de su condición física o mental.” (T-816 de octubre 4 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

Cabe recordar que de conformidad con tratados y convenios internacionales, es deber del Estado asegurar la atención médica que los menores requieren. La Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 1386 de noviembre 20 de 1959, principio 2, establece que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y

socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En consecuencia, es claro que los niños son sujetos de especial protección, precisamente por la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos, por tanto debe garantizárseles el ejercicio pleno de sus derechos en cumplimiento del principio internacional del interés superior.

Cuarta. Contratos de medicina prepagada, planes adicionales y plan obligatorio de salud. Límites de las obligaciones existentes.

Los contratos de medicina prepagada hacen parte de un sistema organizado, establecido para la gestión de la atención médica y la prestación de servicios de salud, en forma directa o indirecta, el cual corresponde a un plan de salud predeterminado y con tarifas también fijadas previamente.

Estos contratos surgieron antes de la Ley 100 de 1993, como una alternativa de mercado para quienes tenían la capacidad de “asegurar su salud” de manera privada y bajo un marco legal, con naturaleza de contrato privado. En la actualidad, este tipo de contratos sólo pueden celebrarse o renovarse por personas que se encuentren afiliadas al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, en calidad de cotizantes o de beneficiarios.

Hoy, los servicios de medicina prepagada pueden incluir atención prenatal, promoción de la salud, prevención de la enfermedad; consulta externa, general y especializada, en medicina diagnóstica y terapéutica; hospitalización; urgencias; cirugía; exámenes diagnósticos y odontología, todos orientados al tratamiento de la enfermedad, la recuperación y el mantenimiento de la salud.

Los afiliados a estos contratos escogen los servicios que ofrece cada plan y entre la red de prestadores (listado de médicos generales y especialistas, entidades hospitalarias, centros de diagnóstico, entre otros).

Como su nombre lo indica, tienen por finalidad complementar el plan obligatorio de salud

(POS) y pueden ser adquiridos en forma discrecional por quienes estén interesados en tomarlos, pues la ley no los consagra como imperativo legal, sino como opción a la que pueden recurrir los afiliados al POS, en forma libre y voluntaria; su costo es asumido por quien los contrata.

En otras palabras, se trata de un plus, que complementa el POS y, a diferencia de los contratos de medicina prepagada, sólo pueden ser ofrecidos por la entidad a la que se esté afiliado en el POS; es decir, la misma institución en la que se suscribe el POS, le ofrece el PAS.

No sucede lo mismo con los contratos de medicina prepagada, pues aunque el artículo 19 del Decreto 806 de 1998 los consagra como una especie de PAS, no están necesariamente ligados al POS; si bien se exige para la asunción de este servicio ser afiliado o beneficiario del POS, puede adquirirse en otra empresa, que ofrezca el contrato de medicina prepagada como tal, resultando claro que quien suscribe un PAS o contrata medicina prepagada, en ningún momento está renunciando a los beneficios del POS.

Con respecto a la relación existente con los usuarios de un plan adicional, las empresas prestatarias de servicios médicos complementarios, sea medicina prepagada o PAS, al momento de realizar la afiliación de una persona al servicio ofrecido, deben señalar las exclusiones, de manera taxativa, expresa y particular, respecto a las cuales no se dará cubrimiento médico. En consecuencia, la empresa deberá efectuarle al futuro afiliado completos exámenes de ingreso, que permitan establecer con exactitud las así denominadas “preexistencias”⁶.

En cuanto a la decisión de trasladar las obligaciones existentes en el contrato de medicina prepagada al plan obligatorio de salud, si bien en algunas ocasiones⁷ se ha considerado que puede el beneficiario del POS y de un plan adicional, solicitar que servicios excluidos del contrato de medicina prepagada sean prestados por la EPS a la que se encuentre afiliado, en sentencia T-650 de agosto 17 de 2007, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas, se afirmó:

“... no siendo 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. Como lo ha precisado esta Corporación, ‘aceptar esta interpretación llevaría a conclusiones constitucionalmente inaceptables, pues tal perspectiva liberaría a las instituciones de medicina prepagada de sus responsabilidades contractuales, so pretexto de la posibilidad de atención en salud con cargo a los planes obligatorios. Esta visión, igualmente, desconocería para el asunto bajo examen el contenido de las obligaciones constitucionales que tienen las entidades de medicina prepagada, derivadas de la relación entre el objeto de los contratos que suscriben con sus usuarios y la protección del derecho a la salud’8.”

Así, no pueden liberarse las empresas de medicina prepagada de sus responsabilidades contractuales, ni modificar unilateralmente, en el curso del contrato, los términos del mismo. Para aducir una preexistencia, si al momento de la afiliación no se especificó qué servicios médicos estaban excluidos, mal puede cambiarse la situación del paciente, menos ante la gravedad de una enfermedad.

Quinta. El caso concreto.

La acción de tutela fue interpuesta el 12 de febrero de 2007, para que se ordenara a Medicina Prepagada Colsanitas S. A., restablecer un servicio domiciliario (PDH-1) suspendido, particularmente en cuanto a contar con enfermería diurna y nocturna, en razón a que la familia no tenía capacidad física, profesional ni emocional para atender al niño Sebastián Fernando Cuéllar Ocampo, quien sufría hipotonía generadora de inmovilidad y otras graves afecciones.

La entidad demandada suspendió el servicio a partir del 11 de febrero de 2007, al considerar que el menor podía entrar a un programa de crónicos, “con una visita mensual los días 26 de cada mes” (f. 34 v. cd. inicial).

Hay que destacar que el Juzgado de primera instancia, Cincuenta y Cinco Penal Municipal de Bogotá, con Funciones de Control de Garantías, actuó con diligencia y acierto al decretar la medida provisional (art. 7° D. 2591 de 1991), encaminada a la protección de los derechos a la vida, la salud y la seguridad social del menor, ordenando a la entidad accionada mantener el servicio PHD-1, con el permanente apoyo de enfermeras profesionales.

Pero ese buen juicio hacia la adecuada protección de los derechos fundamentales, particularmente si se trata de amparar a un niño, no primó en la segunda instancia, ni en la actitud de la empresa de Medicina Prepagada Colsanitas, S. A., que inopinadamente suprimió un servicio que venía prestando, sin que de la evolución en la salud del menor se derivare nada que pudiere incidir en el cambio negativo, ni se presentó mejoría que le diera fundamento a esa supresión, unilateralmente impuesta.

Del ámbito constitucional, legal y jurisprudencial de Colombia, y del acatamiento de los tratados internacionales anteriormente referidos, deviene ostensible e incontrovertible que, para el caso, los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de los niños, no pueden resultar afectados por asuntos contractuales ni burocráticos.

En el asunto concreto, era palmar que correspondía conceder la tutela, ante la necesidad del menor de estar acompañado y profesionalmente atendido en todo momento, por la gravedad de sus afecciones y la imposibilidad de moverse y paliar su postración, que escapaba a las posibilidades de su familia cercana, dada la complejidad del manejo de implementos, motivo de la original inclusión en el PHD-1.

En consecuencia, ha de reiterarse la doctrina constitucional expuesta en la precitada sentencia SU-540 de julio 17 de 2007, donde se expuso que “la existencia de una carencia actual de objeto, ‘no es óbice para que la Corte analice si existió una vulneración y, en esa medida, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita’⁹, aunque no pueda conceder la tutela por la ineficacia¹⁰ de la orden a emitir, pero ‘siguiendo la posición de la Corte de no confirmar una decisión contraria a la Carta’¹¹ ha resuelto revocar las sentencias que ha encontrado no ajustadas a derecho, aunque, precisamente, por razón de la carencia de objeto”.

Por las razones expuestas, será revocada la sentencia de segunda instancia y se ordenará compulsar copias de esta providencia y del expediente, con destino a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en el ámbito de su competencia analice lo que sea procedente frente a la actitud asumida por la compañía de Medicina Prepagada Colsanitas, S. A.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo de mayo 7 de 2007, dictado por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, por medio del cual revocó el proferido en marzo 1° del mismo año por el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal de esta ciudad, con Funciones de Control de Garantías y denegó la tutela solicitada por el señor Fernando Cuéllar Pedraza en representación de su hijo Sebastián Fernando Cuéllar Ocampo, contra Medicina Prepagada Colsanitas S. A.

Segundo: DECLARAR la carencia actual de objeto de la referida acción de tutela.

Tercero: COMPULSAR, por intermedio de la Secretaría General de esta corporación, copias de esta sentencia y del expediente respectivo, con destino a la Superintendencia Nacional de Salud, para lo de su competencia.

Cuarto: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-428 de agosto 18 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-675 de diciembre 11 de

1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-041 de febrero 5 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-321 de julio 4 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-756 de agosto 31 de 2006, M. P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

2 Sentencia T-309 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

3 En las Sentencias T-260 de 1995 y T-175 de 1997 la Corte Constitucional precisó que la revisión eventual de los fallos de tutela cumple dos funciones, una primaria que “reside en la consolidación y armonización de la jurisprudencia relativa a la efectividad de los postulados y mandatos superiores en materia de derechos fundamentales”, y una secundaria consistente en la “resolución específica del caso escogido”. Sobre la función secundaria pueden consultarse las sentencias T-662 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-901 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-428 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-175 de 1997 y T-699 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

4 Cfr. T-662 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-696 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

5 Sobre el especial carácter del derecho a la salud de los niños, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T-037 de 2006 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-036 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-125 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-1245 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería.

6 Cfr. T-533 de octubre 15 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-875 de octubre 26 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

7 T-089 de febrero 3 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 T-724 de 2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

9 Ver, entre otras, las sentencias T-1188 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-309 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

10 Cfr. sentencias T-662 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-414 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1188 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 T-414 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.