

Sentencia T-365/02

DERECHO A LA SALUD-Realización de cirugía/CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA-
Preexistencias no excluidas al momento del contrato

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-557146

Acción de tutela instaurada por Lina Harker de Morales contra Salud Colmena E.P.S.

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dos (2002).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá D.C. y la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la solicitud de amparo

La señora Lina Harker de Morales interpone acción de tutela contra Salud Colmena E.P.S., entidad a la cual se encuentra afiliada tanto en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S. (desde 1995) como en el Plan Complementario de Salud mediante contrato de medicina prepagada (desde 1991) para que le sean protegidos sus derechos a la integridad física y a la salud, en conexidad con la vida.

Señala que padece del Síndrome Antifosfolípido -obesidad mórbida, enfermedad que viene causando deterioro progresivo en su salud, según el diagnóstico de los galenos especialistas que atienden su caso.

Transcribe, entre otros conceptos médicos¹, el del neumólogo de la Fundación Abood Shaio Dr. Ruben Dueñas Villamil que señala:

“La señora Lina de San Jose Harker de Morales, presenta una obesidad mórbida... que está deteriorando su calidad de vida y va a ser sometida a cirugía bariática.

“Tiene como antecedentes la presencia de síndrome antifosfolípido diagnosticado en 1999, tromboembolismo pulmonar severo en 1999, hipotiroidismo, en tratamiento desde 1999 con Eltroxin, Warfarina, oxígeno las veinticuatro horas del día... el ecocardiograma demostró una disminución de presión sistólica de la arteria pulmonar...

“Considero que por la evolución clínica de la paciente no existe una contraindicación absoluta para realizar el procedimiento quirúrgico, se debe tener valoración pre y pos operatoria por hematología para control de síndrome de hipercoagulación.”

Con base en lo anterior y por el deterioro progresivo de la salud de la actora, la Junta de Obesidad decidió que la mejor opción para mejorar su cuadro clínico era la práctica de una cirugía Bariátrica por Laparoscopia por lo cual, el 17 de septiembre de 2001 solicitó a la entidad accionada la autorización del procedimiento mencionado, petición que fue decidida en forma desfavorable el 1º de octubre del mismo año, con fundamento en que dicha cirugía constituía una preexistencia del contrato de medicina prepagada y que además no se encontraba contemplada en el P.O.S..

Aunque se negó el tratamiento ordenado, el Director de Servicios Médicos de Salud Colmena E.P.S. le manifestó a la actora que: “Sin embargo y como medida excepcional, teniendo en cuenta la antigüedad de su contrato de Medicina Prepagada, COLMENA SALUD tomó la determinación de otorgar cobertura de la Estancia Hospitalaria que pueda generarse por la realización del procedimiento, hasta un valor máximo de \$3.000.000 (Tres millones de pesos M/CTE.)”.

Ante esta negativa y frente al ofrecimiento de \$3.000.000 que considera irrelevante frente al

costo total del tratamiento, señala que la entidad accionada le está vulnerando su derecho a la salud en conexidad con la vida, pues desconoce lo preceptuado en el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe a la entidades promotoras de salud aplicar preexistencias a sus afiliados.

Agrega que dicha entidad ignora las secuelas que el cuadro clínico produce a su salud, como son el tromboembolismo que la obliga a usar oxígeno las 24 horas del día, la falta de coagulación y la disminución de la presión sistólica que puede dañar de forma irreparable su sistema circulatorio y respiratorio.

Precisa que es madre cabeza de familia y como tal es responsable de todos los gastos que su hogar demanda, pues su esposo se encuentra desempleado y debe costear los gastos de educación superior de su hijo. Señala que se ha visto obligada a contratar un conductor particular para trasladarse a su lugar de trabajo y cumplir sus citas médicas.

Señala que es docente de preescolar y por causa de su enfermedad ha sido difícil que sus estudiantes la acepten con un equipo de oxígeno permanente, por lo que considera que es obligación de la entidad accionada autorizarle el tratamiento que requiere.

Solicita que se amparen los derechos constitucionales fundamentales invocados y en consecuencia se le garantice por parte de la entidad accionada la atención debida en los procedimientos o tratamientos que requiere, especialmente la Cirugía Bariátrica por Laparoscopia, según las prescripciones médicas correspondientes.

2. Respuesta de la entidad accionada

Salud Colmena E.P.S. por medio de apoderado judicial informa al juez de primera instancia que la accionante efectivamente se encuentra afiliada a esa entidad en su condición de cotizante principal al plan obligatorio de salud (POS) en el régimen contributivo desde el mes de octubre de 1995.

Se opone a la acción de la tutela presentada por la señora Harker de Morales, al considerar que el procedimiento quirúrgico por ella solicitado no se encuentra incluido dentro de las coberturas del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud (Resolución 5261 de 1994), por ello afirma que la negativa de acceder a la solicitud

de la accionante no es un capricho injustificado de la entidad como lo pretende hacer ver erróneamente la accionante, sino que dicha decisión tiene fundamento en la normatividad vigente.

Señala que si la tutelante pretende que se le realice un procedimiento que no se encuentra amparado por las coberturas del P.O.S., deberá darse plena y cabal aplicación a lo señalado tanto en el párrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 19982, como en las sentencias de la Corte Constitucional SU-819 de 1999 y T-1204 y T-1104 de 2000.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Primera Instancia

Mediante sentencia del 20 de noviembre de 2001, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá D.C., denegó la tutela por considerar que en el presente caso no se verificaban los presupuestos fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para inaplicar las normas que rigen el tema de exclusiones al Plan Obligatorio de Salud.

Señaló que no se demostró la falta de capacidad económica de la accionante para asumir el costo de la cirugía solicitada, ni el valor de la misma. Además que en lo referente al contrato de medicina prepagada dicho acuerdo contractual escapa por completo a la regulación de la Ley 100 de 1993 y del ámbito de la acción de tutela.

3.2. Impugnación

Inconforme con la decisión, la actora impugnó la sentencia argumentando que no se ha negado a suministrar los documentos que demuestran la falta de capacidad de pago para asumir el costo de la cirugía que requiere con urgencia, y que por el contrario, fue el juez de tutela quien omitió solicitarlas.

Cuestiona también la posición en que queda el afiliado frente a la E.P.S., pues en su sentir, para nada sirven los pagos que realiza a dicha institución si el demandado la obliga a acudir a instituciones públicas de salud.

Considera equivocada la posición del juez frente al contrato de medicina prepagada, por cuanto los pagos que ella realiza con ocasión del vínculo contractual deben ser para su

beneficio y no para el de la entidad. Por lo anterior considera que en lugar de obtener una protección con el fallo de tutela, lo que logró fue quedar más desamparada.

Informa que el costo de la cirugía asciende aproximadamente a \$15.000.000 a los cuales debe adicionársele los gastos de la “Banda” que se le colocará, la cual debe ser importada y tiene un costo de US\$4.000 más los honorarios del cirujano, hospitalización, anestesiólogo y medicamentos, los cuales reitera no tiene capacidad económica para sufragar.

Para demostrar su situación económica acompañó al escrito de impugnación el certificado de ingresos expedido por su empleador, balance de ingresos y egresos suscrito por contador público titulado, los presupuestos aproximados de la cirugía solicitada y la declaración de su cónyuge en donde manifiesta que “dependo económicamente de mi esposa no me encuentro trabajando hace más de 5 años. No poseo bienes muebles e inmuebles ni recibo rentas de ningún concepto y mi sustento depende de mi esposa.”

3.3. Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil mediante providencia del 21 de enero de 2002 confirmó la sentencia de primera instancia por considerar que tal y como lo advirtió el a-quo no se probaron los elementos señalados por la jurisprudencia constitucional para acceder al amparo solicitado.

El ad-quem dijo en el fallo:

“En el presente caso, no puede dudarse de la gravedad del tratamiento requerido por la accionante, pero no se ha allegado al proceso prueba de su real relación con el derecho fundamental que se quiere proteger en concurrencia con la salud, pues no se allegaron explicaciones médicas que den cuenta de la posibilidad de que esa enfermedad pueda llegar a causar la muerte o deteriorar la vida de manera que haga angustiosa la necesidad del tratamiento, sin que pueda esperarse a una atención por parte de una entidad pública o por los medios de la paciente, si se tiene en cuenta que ella misma aportó la prueba de que sus ingresos ascienden a la suma de \$4.727.000,00 suma que no es muy común en los ingresos de los colombianos y que además, en referencia a sus gastos, se limitó a presentar un presupuesto, que si bien fue elaborado por contadora pública titulada, fue realizado a sus expensas y por lo tanto no constituye plena prueba, aunque también aportó recibos de

algunos de sus gastos pero no de todos.”

Concluye que al no haberse demostrado la afectación a la vida de la accionante y la incapacidad económica para sufragar los gastos de la cirugía que solicita, no era procedente conceder el amparo, ni siquiera como mecanismo transitorio.

4. Pruebas decretadas por la Sala de Revisión

Esta Sala, con el objeto de tener mayores elementos de juicio para decidir el asunto objeto de revisión, ordenó oficiar a la accionante para que relacionara los bienes que integran su patrimonio y las obligaciones que tiene a su cargo; de igual manera decretó que Salud Colmena E.P.S. informara el valor de la Cirugía Bariátrica por Laparoscopia y aportara copia del contrato de medicina prepagada suscrito con la accionante, precisando las preexistencias y exclusiones pactadas.

La señora Lina Harker de Morales adicionalmente a los documentos aportados con la impugnación de la sentencia de primera instancia, anexó el certificado de tradición y libertad del inmueble de su propiedad y la licencia de tránsito del vehículo del cual también ejerce de forma exclusiva el derecho de dominio.

Por su parte, Salud Colmena E.P.S., tras el requerimiento efectuado, informa que solicitó a la Fundación Santafé de Bogotá un presupuesto aproximado del costo total del procedimiento solicitado por la accionante, el cual asciende a \$10.630.000.

En lo referente al contrato de medicina prepagada señala que efectivamente la accionante suscribió en calidad de contratante principal-usuaria, el contrato número 104902-025 el 21 de octubre de 1991, conforme a la solicitud de ingreso número 21677.

Para atender el cuestionamiento formulado por esta Sala de Revisión sobre las preexistencias y exclusiones pactadas en dicho contrato, la E.P.S. accionada además de allegar copia del mismo y de sus anexos, manifestó:

” ... es pertinente indicar que la cláusula cuarta del texto contractual expresamente señala que “SALUD COLMENA no autoriza la prestación de los servicios médicos y complementarios; así como tampoco asume el costo de tales servicios, cuando ellos se requieran o hayan sido prestados a un usuario, por causa o como consecuencia de:

4.1. Condiciones preexistentes que con anterioridad a la afiliación de usuarios hayan sido diagnosticadas por un médico, o sean aparentes a la vista, o sean de aquellas que por sus síntomas no podrían pasar desapercibidas para el usuario.....". Así mismo se establece en listado incurso dentro de la misma cláusula el listado de patologías y/o tratamientos no amparados por las coberturas del contrato de medicina prepagada; contrato este que antes de su colocación en el mercado público, fue estudiado y avalado por la Superintendencia Nacional de Salud como máximo órgano de control y vigilancia del sistema.

Al momento de suscribir el contrato, se plasmó como exclusión adicional las coberturas del mismo, las secuelas quirúrgicas derivadas de la cesárea practicada a la accionante, tal como consta en fotocopia simple adjunta del cuestionario de salud diligenciado por la accionante.

Sin embargo, en la HISTORIA CLINICA diligenciada por el Dr. WILLIAN KATTAH CALDERON, médico tratante de la accionante, el pasado 29 de Agosto del año 2.001, dejó clara y expresa constancia que el motivo de consulta y tratamiento solicitado por la Sra. LINA HARKER obedecía a OBESIDAD MORBIDA, la cual se presenta "...desde la infancia...".

Concluye que la enfermedad que aqueja la salud de la accionante (obesidad mórbida) se presenta desde la infancia, lo cual hace que desde todo punto de vista dicha afección sea considerada como una preexistencia del contrato de medicina prepagada, a la luz del artículo 1º del Decreto 1222 de 1994, la Circular Externa 077 del 14 de septiembre de 1998 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud y las constancias dejadas por el médico tratante en la historia clínica de la paciente.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Problema jurídico

En el presente caso esta Sala de Revisión debe determinar si los derechos de la accionante a la integridad personal y a la salud en conexidad con la vida han sido conculcados por la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada tanto en el Plan Obligatorio de Salud como en el Plan Complementario de Medicina Prepagada, con ocasión de la negativa a realizar con urgencia

la cirugía Bariátrica por Laparoscopia que requiere, aduciendo por una parte, que dicho procedimiento se encuentra excluido del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos de Seguridad Social en Salud y por la otra, que constituye una preexistencia del contrato de medicina prepagada.

2. Derecho a la Salud y Plan Obligatorio de Salud

La Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la salud es un derecho prestacional, que adquiere carácter fundamental al estar en conexidad con el derecho a la vida. Sobre este particular, la sentencia T-1036 de 2000, señaló:

Esta Corporación ha sostenido, que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental³, sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.⁴ De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente⁵, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas⁶. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental.

Igualmente, la Corte ha establecido varias condiciones de procedencia del amparo constitucional para proteger el derecho a la salud en casos en los que se pretende inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, con el fin de brindar el tratamiento requerido por una persona enferma. Dichas condiciones son:⁷

1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado⁸, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de

los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Lo anterior, armoniza las responsabilidades de los diferentes obligados a garantizar el derecho a la vida, puesto que de conformidad con la Constitución Política su protección no sólo incumbe al Estado, o a la organización que éste establezca, según el sistema acogido, sino también a la sociedad y a los propios titulares del derecho fundamental.⁹

3. Principio de buena fe en la ejecución de los contratos de medicina prepagada y taxatividad de las preexistencias y exclusiones.

Esta Corporación en cumplimiento de su función de realizar el control concreto de constitucionalidad ha construido una doctrina uniforme sobre los contratos de medicina prepagada y la regulación y límites que los mismos tienen para la eficacia de los derechos fundamentales.

Desde el año 1996¹⁰ la Corte ha analizado la incidencia de los contratos de medicina prepagada en la protección de derechos constitucionales fundamentales, mediante diferentes casos en donde algunas Entidades Promotoras de Salud se niegan a prestar servicios médicos o quirúrgicos aduciendo que ellos constituyen una preexistencia del contrato celebrado con el usuario.¹¹

Por la relevancia que dichas situaciones fácticas mediante la sentencia SU-039 de 1998, se unificaron los criterios jurisprudenciales que deben tener en cuenta los operadores jurídicos al resolver asuntos similares, a efectos de garantizar el derecho a la igualdad.¹²

En la referida sentencia se señaló:

4. La gestión de los servicios de medicina prepagada como actividad económica y servicio público a cargo de particulares.

El legislador en la Ley 10 de 1.990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, autorizó la prestación del servicio de salud mediante la forma de la medicina prepagada, dentro de un esquema de contratación particular y voluntaria, bajo la intervención del Estado a fin de establecer su organización y funcionamiento (art. 1o., literal k), en razón de lo cual se expidieron los Decretos No. 1570 de 1.993 y 1222 de 1.994, el primero de ellos modificado por el Decreto 1486 de 1.994.

El artículo 1o. de ese Decreto 1486 de 1.994, definió la medicina prepagada en los siguientes términos:

“ARTICULO 1o. El numeral 1o. del Artículo 1o. del Decreto 1570 de 1993, DISPOSICIONES GENERALES, quedará así:

“Medicina Prepagada. El 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. No se consideran como entidades de prepago aquellas que se limitan a otorgar descuentos sobre el costo de la utilización de los servicios de salud, que debe ser asumido por parte de un grupo de usuarios.” (Subraya la Sala).

De lo anterior, puede deducirse que las actividades que se adelantan con ese propósito 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 Salud¹³ (C.P., arts. 49, 150-21, 333 y 334).

(...)

5. La ejecución y cumplimiento del contrato de servicio de medicina prepagada regido por el principio de la buena fe.

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

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

Comoquiera que la celebración de un contrato de esa clase se desarrolla dentro del campo de los negocios jurídicos en la forma de un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos, lo que supone un desarrollo bajo la vigencia de los principios generales que los informan, como ocurre con el principio de la buena fe que no sólo nutre estos actos sino el ordenamiento jurídico en general y el cual obtiene reconocimiento expreso constitucional en el artículo 83 de la Carta Política de 1991, como rector de las actuaciones entre los particulares, significa que, desde su inicio y especialmente durante su ejecución, al incorporarse el valor ético de la confianza mutua¹⁴ 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.

Como lo ha señalado la Corte:

“ Los particulares deben conducirse en todas sus actuaciones según el principio de la buena fe (CP art. 83). En el plano negocial, las partes deben comportarse con lealtad, lo que se traduce, en términos prácticos, en el respeto de los derechos ajenos y en el no abuso de los propios (CP art. 95-1). El abuso de las posiciones dominantes rompe el equilibrio contractual (...).” (Sentencia T-125 de 1.994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

De otro lado, el contrato de servicios de medicina prepagada reúne las características de ser bilateral, oneroso, aleatorio, principal, consensual y de ejecución sucesiva en los términos del Código Civil y surge al mundo jurídico como un contrato de adhesión, según el cual las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adherencia o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone “la ley del contrato”¹⁵ a la otra.

De manera que, son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, los cuales, en lo posible, no pueden exceder el marco delimitado por el ordenamiento jurídico en rigor, pero que requieren al igual que las situaciones no expresamente pactadas en estos contratos, aún cuando derivadas de la ejecución de los mismos, que la actuación de una y otra parte se adelante mediante una actitud de confianza y credulidad en el estricto cumplimiento de lo negociado y en la realización de las prestaciones en la forma esperada, según el objeto contratado, lo que en consecuencia demanda de una máxima expresión del principio de la buena fe para la interpretación del vínculo contractual y de los anexos que lo conforman integralmente, especialmente por ese carácter de adhesión que, como ya se dijo, se le reconoce a esta clase de contratación.

6. Las preexistencias en los contratos de medicina prepagada.

A diferencia de lo que ocurre en el Sistema General de Seguridad Social, en donde las Empresas Promotoras de Salud E.P.S. “no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados” como se deduce de la prohibición contenida en la Ley 100 de 1.993, art. 164, tal concepto es totalmente aceptable en el contrato de servicios de salud de medicina prepagada, el cual fue definido por el Decreto 1222 de 1994¹⁶, 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.”.

ART.2º-Exclusiones. Las exclusiones deberán estar expresamente previstas en el contrato. Sobre el particular se deberán precisar las patologías, los procedimientos, exámenes diagnósticos específicos que se excluyan y el tiempo durante el cual no serán cubiertos, por parte de la entidad de medicina prepagada. Las exclusiones que no se consagren expresamente no podrán oponerse al usuario.

No se podrán acordar exclusiones sobre malformaciones, afecciones o enfermedad que se puedan derivar de factores de riesgo propios de éstas.”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sede de revisión de tutelas se ha pronunciado en reiteradas oportunidades fijando los criterios fundamentales que rigen la vigencia de dichas preexistencias dentro de los contratos de medicina prepagada, que la Sala estima conveniente reiterar una vez más. Con tal fin, en seguida se transcriben las partes pertinentes de la Sentencia T-533 de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo :

“ 5. Las preexistencias médicas

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.

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 excluídos aquellos padecimientos anteriores al mismo.

Se conoce, entonces, como “preexistencia” la enfermedad o afección que ya venía aquejando al paciente en el momento de suscribir el contrato, y que, por tanto, no se incluye como objeto de los servicios, es decir, no se encuentra amparada.

Por supuesto, en razón de la seguridad jurídica, las partes contratantes deben gozar de plena certidumbre acerca del alcance de la protección derivada del contrato y, por tanto de los servicios médico asistenciales y quirúrgicos a los que se obliga la entidad de medicina prepagada y que, en consecuencia, pueden ser demandados y exigidos por los usuarios.

Así las cosas, desde el momento mismo de la celebración del contrato, quienes lo suscriben deben dejar expresa constancia, en su mismo texto o en anexos incorporados a él, sobre las enfermedades, padecimientos, dolencias o quebrantos de salud que ya sufren los beneficiarios del servicio y que, por ser preexistentes, no se encuentran amparados.

Para llegar a esa definición, bien puede la compañía practicar los exámenes correspondientes, antes de la suscripción del convenio, los cuales, si no son aceptados por la persona que aspira a tomar el servicio, pueden ser objetados por ella, lo cual dará lugar - obviamente- a que se practiquen de nuevo por científicos diferentes, escogidos de común acuerdo, para que verifiquen, confirmen, aclaren o modifiquen el dictamen inicial.

Sobre esas bases, determinada con claridad la situación de salud vigente a la fecha del contrato en lo que respecta a cada uno de los beneficiarios, se deben consignar de manera expresa y taxativa las preexistencias, de modo que las enfermedades y afecciones no

comprendidas en dicha enunciación deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al correspondiente acuerdo contractual.

A juicio de la Corte, la compañía desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, y pone en peligro la salud y la vida de los usuarios cuando se niega a autorizar -a su cargo- la prestación de servicios, la práctica de operaciones y la ejecución de tratamientos y terapias referentes a enfermedades no incluídas en la enunciación de la referencia -que, se repite, es taxativa-, pues ella se entiende comprendida como parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes.

Es evidente que lo expuesto elimina toda posibilidad de que, ya en el curso del contrato, la compañía modifique, en contra del usuario, las reglas de juego pactadas y pretenda, con base en dictámenes médicos posteriores, emanados de profesionales a su servicio, deducir unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se había venido gestando, madurando o desarrollando desde antes de su celebración y que, por tanto, pese a no haber sido enunciada como preexistencia, está excluída. (Se subraya)

Tal comportamiento resulta altamente lesivo del principio de la buena fe, inherente a todo servicio público (artículo 83 C.P.), y se constituye en peligroso instrumento contra los derechos fundamentales de las personas, quienes, en las circunstancias descritas -dada la unilateralidad de la decisión-, quedan totalmente a merced de la compañía con la cual ha contratado.”.

Así, las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada deben adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos, circunstancia que no desconoce el ejercicio de la libertad contractual propia de los mismos; por lo tanto, la exoneración de la empresa de medicina prepagada de llevar a cabo algunas actividades, mediante el señalamiento y determinación de preexistencias, debe constar en forma expresa y taxativa en el texto del contrato o en los anexos a él incorporados y que precisamente por esa condición no resultan cubiertos por las obligaciones contractuales ; de manera que, las enfermedades y afecciones que no sean determinadas oportunamente, deberán ser asumidos por la entidad de medicina prepagada con cargo al contrato convenido.

Lo anterior, pues no es posible admitir que con posterioridad a la celebración del respectivo contrato se modifiquen en forma unilateral las prestaciones que deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada, ya que una interpretación o cláusula en sentido diferente resulta abiertamente inconstitucional, en cuanto, como ya se expresó por la Corporación, rompe con el equilibrio contractual de las partes, vulnera el principio de la buena fe que debe imperar en la ejecución del contrato y amenaza los derechos antes mencionados, reconocidos y protegidos en la Constitución Política de 1991, y aquellos otros de rango fundamental que se determinen en el análisis que realice el juez de tutela en cada caso concreto.

La garantía de protección efectiva no sólo de los derechos invocados sino del derecho a la igualdad permiten analizar el asunto objeto de revisión a la luz de las anteriores consideraciones.

4. Caso concreto. Reiteración de Jurisprudencia

La señora Lina Harker de Morales se encuentra afiliada al Plan Obligatorio de Salud y adicionalmente suscribió con Salud Colmena E.P.S. el contrato de medicina prepagada número 104902-025 en el cual dicha entidad relacionó como exclusión las secuelas quirúrgicas derivadas de la cesárea practicada a la accionante (código 6697)¹⁷. Adicionalmente la cláusula cuarta del contrato para la prestación de servicios de salud estipula:

“CLAUSULA CUARTA. EXCLUSIONES.

SALUD COLMENA no autoriza la prestación de los servicios médicos y complementarios, así como tampoco asume el costo de tales servicios, cuando ellos se requieran o hayan sido prestados a un usuario, por causa o como consecuencia de:

4.1. Condiciones preexistentes, que con anterioridad a la afiliación del usuario hayan sido diagnosticadas por un médico, o sean aparentes a la vista, o sean de aquellas que por sus síntomas no podrían pasar desapercibidas para el usuario. Esta exclusión comprende malformaciones y/o anomalías congénitas.

4.3. (sic) Tratamiento de rehabilitación por alcoholismo o drogadicción.

- 4.4. Fertilización o esterilización masculina o femenina e inseminación artificial.
- 4.5. Enfermedades y/o accidentes causados o provenientes del uso o consumo de estupefacientes, así como las enfermedades derivadas del consumo de alcohol.
- 4.6. Transplante de órganos, salvo el de riñón y el de córnea, los cuales estarán cubiertos en los términos establecidos en el numeral 3.2.4.9. de la cláusula anterior.
- 4.8. Intento de suicidio.
- 4.9. Enfermedad causada por el virus de inmunodeficiencia humana VIH (síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA), así como los efectos de ésta.
- 4.10. Afecciones dentales, alveolares o gingivales, así como sus complicaciones, excepto cuando se trate de urgencias odontológicas causadas por accidentes o traumas.
- 4.11. Defectos de refracción visual, suministro de anteojos y lentes, corrección mediante el tratamiento médico o quirúrgico de astigmatismo, miopía o hipermetropía.
- 4.12. Suministro de audífonos y adaptación de los mismos.
- 4.13. Suministro de muletas, aparatos ortopédicos y prótesis (salvo que se contrate el anexo correspondiente)
- 4.14. Suministro de drogas en tratamiento ambulatorio.
- 4.15. Cirugía Plástica con fines de Embellecimiento.”

En otros términos, para la accionante estos 14 ítems y las secuelas quirúrgicas derivadas de la cesárea a ella practicada constituían los servicios que la E.P.S. demandada no estaba obligada a suministrarle.

Estando en ejecución dicho contrato y con ocasión de la obesidad mórbida que padece la señora Harker de Morales, los médicos cardiólogo y neumólogo le prescriben con carácter urgente el procedimiento denominado cirugía Bariátrica por Laparoscopia, el cual solicitó a la entidad accionada le sea autorizado.

Salud Colmena E.P.S. mediante comunicación del 1º de octubre de 2001¹⁸ le informa que dicho procedimiento constituye una preexistencia del contrato de medicina prepagada, posición que reitera en sede de Revisión mediante comunicación del 12 de abril de 2002¹⁹ con fundamento en la historia clínica²⁰ suscrita por el Dr. William Kattah Calderón en la cual señala que “el motivo de consulta y tratamiento solicitado por la Sra. Lina Harker obedecía a OBESIDAD MORBIDA, la cual se presenta desde la infancia”.

Para esta Sala, dicha negativa viola los derechos fundamentales de la accionante y desconoce el principio de buena fe con que deben ejecutarse los contratos de medicina prepagada.

En efecto, la señora Harker de Morales ha pagado sus cuotas a la entidad demandada y por ende, tiene pleno derecho a exigir de ella que responda por la totalidad de los servicios de salud ofrecidos.

Por tal motivo, era menester que los jueces de instancia verificaran si era con cargo al contrato de medicina prepagada que la accionante tenía derecho a que se le realizara el procedimiento que requiere, antes de denegar la acción de tutela impetrada por no cumplirse los presupuestos para inaplicar las normas que rigen el Plan Obligatorio de Salud. Así, debe precisarse que resulta contrario a la jurisprudencia de esta Corporación²¹ la afirmación del a quo que señaló que el contrato de medicina prepagada “escapa por completo del ámbito de la acción de tutela.”

Debe precisarse que lo que resulta relevante para adoptar la decisión en casos como el que se estudia es la efectiva vulneración de derechos fundamentales de quien solicita la protección y no el Plan de afiliación de la persona al Sistema de Seguridad Social en Salud, puesto que en el Estado social de derecho, la salud y la vida del afiliado deben garantizarse de forma efectiva independientemente a su vinculación con el Plan Obligatorio de Salud o con el Complementario de medicina prepagada.

Como se explicó en el numeral precedente en virtud del principio de seguridad jurídica las partes contratantes deben tener plena certeza acerca del alcance de la protección derivada del contrato, por ello desde el mismo momento de su celebración, Salud Colmena E.P.S. estaba en la obligación de dejar expresa constancia de las enfermedades, padecimientos, dolencias o quebrantos de salud que ya sufría la usuaria del servicio y que, por ser

preexistentes, no serían amparados.

Para tal fin, debió haber practicado los exámenes médicos correspondientes, antes de la suscripción del convenio y así determinar con claridad la situación de salud vigente a la fecha del contrato de la accionante. Debe recordarse que la determinación de las enfermedades que constituyen preexistencias o que no van a ser cubiertas por el contrato, es una obligación de la compañía de medicina prepagada que no puede ser escatimada trasladándola a quienes menos conocen del asunto y que, precisamente por eso, contratan los servicios de medicina prepagada con entidades especialistas en su campo.²²

Sobre este particular la sentencia T-096 de 1999 señaló:

.... es una obligación insustituible para la compañía de medicina prepagada, hacer un examen de ingreso completo, riguroso y previo a la vinculación de cada usuario, con el fin de definir la cobertura del contrato. Esto porque de ello se desprende que las exclusiones solamente proceden en estos contratos cuando se han determinado como consecuencia del examen descrito, es decir, no de cualquier manera y, sobre todo, en forma clara, taxativa e individual, tal como quedó expresado en los pronunciamientos que se reitera²³

En el presente caso, nada se dijo por parte de Salud Colmena E.P.S. sobre la obesidad mórbida que padece la accionante o sobre la exclusión del procedimiento denominado cirugía Bariátrica, las cuales para que pudieran ser consideradas como preexistencias debieron haber sido consignadas de manera previa, clara, expresa y taxativa en el contrato o en sus anexos.

Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado que:

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.

De esta forma, la compañía que se dispone a prestar los servicios no puede durante la ejecución del contrato cambiar las reglas de juego inicialmente pactadas, pues ello se traduciría en una falta grave a la ley aplicada en la respectiva convención y, sobre todo, a los postulados de la buena fe que por tal razón la vinculan. Más si se tiene en cuenta que frente a las compañías de medicina prepagada, los usuarios son débiles y están en cierto grado de indefensión, pues son ellas quienes deciden, en principio, sobre la prestación de tales servicios, tienen la facultad y el personal idóneo para definir, por ejemplo, si una enfermedad es o no congénita, o si se tenía antes de contratar o se adquirió durante la ejecución del contrato, posibilidades lejanas a los usuarios y que, por ende, explican por sí mismas la obligación de claridad, expresión y taxatividad de las exclusiones.

En conclusión, 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 24.

Adicionalmente, en la historia clínica de agosto 2001, no se advierte como lo pretende la E.P.S. accionada, que la señora Lina Harker padezca obesidad mórbida desde la infancia, puesto que lo que dice el galeno que la suscribe es “Obesidad desde la infancia.” Conforme a la certificación de marzo 1º de 200225 suscrita por el Cardiólogo y Neumólogo de la Fundación Abood Shaio “la paciente ha presentado en los últimos seis (6) meses un deterioro marcado de su estado general con incremento progresivo de su obesidad”, es decir, el incremento de su afección con ocasión de su obesidad que la lleva a darle el calificativo de mórbida se generó estando en ejecución el contrato de medicina prepagada, en el cual no se estipuló en forma previa, clara, expresa y taxativa dicha enfermedad como preexistencia y por ello no puede invocarse siquiera con fundamento en la cláusula 4.1. del Contrato de Medicina Prepagada puesto que es tal su generalidad que es inoponible al usuario

contratante.

La E.P.S. accionada no estaba facultada para cambiar de forma unilateral las condiciones pactadas en el contrato de medicina prepagada puesto que con tal conducta no sólo desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, sino que pone en peligro su salud y su vida.

Es claro que la suspensión del servicio de salud contratado pone en riesgo la integridad de la actora y le impide gozar de una vida en condiciones dignas, lo cual configuró la violación de los derechos fundamentales invocados, por lo cual se concederá el amparo constitucional solicitado.

Por lo anterior, habrá de revocarse las decisiones de instancia, puesto que éstas desconocieron la doctrina constitucional reseñada al no advertir que con la conducta de la E.P.S. accionada se vulneraron derechos constitucionales fundamentales de la accionante.

Finalmente, se prevendrá a la Entidad Promotora de Salud accionada para que se abstenga de repetir en el futuro este tipo de conductas.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá D.C., del 20 de noviembre de 2001 y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil, del 21 de enero de 2002, dentro de la acción de tutela instaurada por Lina Harker de Morales contra Salud Colmena E.P.S. En su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la integridad personal de la accionante y a la salud en conexidad con la vida.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de Salud Colmena Entidad Promotora de Salud

realizar a la señora Lina Harker de Morales la cirugía bariátrica por Laparoscopia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, con cargo al contrato de medicina prepagada y conforme a las prescripciones del médico tratante.

Tercero.- PREVENIR en los términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991 a Salud Colmena Entidad Promotora de Salud a través de su representante legal para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas que dieron origen a esta acción de tutela.

Cuarto.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaría General

1 También obra en el expediente concepto del cardiólogo Dr. Fernando Rosas A del Departamento de Electrofisiología y Marcapasos de la Fundación Abood Shaio (Folio 2).

2 Según lo dispone esta norma, “Cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente.”

3 Sentencias T-395 de 1998; T-076 de 1999 y T-231 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

4 Ver Sentencia T-271 de 1995. Sentencia T-494 de 1993. Sentencia T- 395/98.

5 Al respecto se deben consultar las sentencias SU- 111 de 1997 ; SU-039 de 1998 ; T-236 de 1998 ; T-395 de 1998 ; T-489 de 1998 : T-560 de 1998, T-171 de 1999, entre otras.

6 Ver Sentencia No T-271 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-494 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

7 Ver. Corte Constitucional, sentencia T-406/01.

8 Sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Ver. Corte Constitucional, sentencia SU-819/99.

10 Ver. Corte Constitucional, sentencias C-176 y T-533 de 1996.

11 Entre otras las sentencias T-117/97, T-216/97 y T-250/97.

12 La doctrina constitucional contenida en la sentencia SU-039 de 1999 ha sido reiterada entre otras sentencias T-290/98, T-603/98 T-732/98, T-096/99, T-118/99, T-822/99, T-128/00, T-909/00, T-1252/00 y SU-1554/00.

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

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

15 Concepto mencionado por el Tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez en su obra “De los contratos”, Editoriales Temis y Jurídica de Chile, pág. 40.

16 Por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 10 de 1990 en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina prepagada.

17 Folio 76 del cuaderno principal.

18 Folio 7 del expediente.

19 Folio 54 del cuaderno principal.

20 Esta historia clínica fue abierta el 29 de agosto de 2001.

21 Desde la sentencia T-533 de 1996, cuyos criterios han sido reiterados entre otras en las sentencias T-307 de 1997, T-732 de 1998 y T-822 de 1999 la Corte Constitucional ha señalado que “los contratos de medicina prepagada, que, según lo visto, tienen por objeto exclusivo la prestación del servicio público de salud, no pueden ser tratados en todos sus aspectos bajo la misma óptica ni dentro de criterios iguales a los que gobiernan las relaciones puramente patrimoniales, ya que en su ejecución están comprometidos, más allá del conmutativo interés convencional y económico, derechos constitucionales fundamentales como la salud, la integridad personal y en especial la vida humana.

De otro lado, cuando la Corte ha prohiado la procedencia de la acción de tutela en estos casos, aun con efectos definitivos, pese a que las diferencias típicamente contractuales encuentran solución adecuada en los estrados de la justicia civil, así lo ha hecho en consideración a la circunstancia de que -por razón de la materia del contrato, que atañe de modo directo a los derechos fundamentales de mayor entidad- la vía judicial ordinaria no goza de suficiente aptitud para decidir los conflictos que surjan en el plano constitucional, específicamente relativos a la violación o amenaza de tales derechos en el curso de la prestación del servicio”

22 Ver. Corte Constitucional, Sentencia T-096/99.

23 Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-533 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en las Sentencias SU-039 de 1998, Sala Plena, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-104 y T-105 del mismo año, Sala Séptima de Revisión, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sala Novena de Revisión, sentencia T-512 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sala Octava de Revisión, sentencia T-290 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz. Sala Segunda de Revisión, sentencia T-114 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; Sala Quinta de Revisión, sentencias T-250 y T-307 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sala Tercera de Revisión, sentencia T-437 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Sala Novena de Revisión, sentencia T-603 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

25 Folio 25 del cuaderno principal.