

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD Y EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Es requisito que el tratamiento y los medicamentos estén determinados por el médico tratante

Debe entenderse que cuando alguien acude ante este mecanismo de defensa judicial, argumentando que la negativa en la prestación del servicio médico asistencial requerido, esta afectando sus derechos fundamentales, el juez de tutela deberá verificar cual es la razón que sustenta su negativa. En el caso en estudio, respecto a la situación presentada por el actor en representación de su menor hija, en cuanto a su afirmación que la entidad demandada le está vulnerando los derechos a la salud y a la vida, la Sala observa que la EPS le ha negado el suministro de los medicamentos por cuanto la formula medica fue emitida por un médico que no se encontraba adscrito a la entidad, si no por uno adscrito a Salud Colmena Medicina Prepagada, y en segundo término, que dicha entidad no le ha negado la asistencia médica que ha requerido la menor desde su nacimiento para tratar de solucionar su problema, pues el propio actor anexó a la demanda copias de la historia clínica, de las ordenes para exámenes y procedimientos clínicos, y algunas formulas ordenando los medicamentos a la menor paciente, desde noviembre de 2000, y la ultima formula con fecha del 24 de julio de 2001, lo que indica que siempre ha tenido la asistencia medica necesaria cuando ha cumplido los requisitos exigidos. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la EPS accionada como ocurre en este caso. Si el actor, precisó la sentencia T-749 de 2001, decide acudir a un médico diferente a los que están suscritos a la EPS, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-No entrega de medicamentos por cuanto médico tratante no se encuentra adscrito a las demandadas

El médico tratante, ha entendido la Corporación, es el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente. De no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la EPS encaminadas a la entrega de medicamentos o la realización de tratamientos determinados por médicos particulares.

CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA-Controversias deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria

Referencia: expediente T-922822

Acción de tutela de Ivan Tovar Perdomo en representación de su menor hija Ana Maria Tovar Zuluaga, contra Colmena Salud EPS y Salud Colmena Medicina Prepagada.

Procedencia: Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, veintinueve (29) de julio de dos mil cuatro (2004).

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Ivan Tovar Perdomo en representación de su menor hija Ana Maria Tovar Zuluaga, contra Colmena EPS Seccional Cundinamarca, a efectos de reiterar la jurisprudencia de esta Corporación, en el asunto que originó la tutela de la referencia.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

El actor presentó acción de tutela el veinticinco (25) de noviembre de 2003, ante los Juzgados Municipales (reparto), por los hechos que se resumen a continuación:

A. Hechos

El actor sostiene que su menor hija de 10 años es beneficiaria de la EPS Colmena Salud y además se encuentra afiliada a Salud Colmena Plan de Medicina Prepagada desde la fecha

de su nacimiento con una calificación de “Bebe Colmena” que significa que goza de beneficios como la cobertura total de preexistencias y enfermedades congénitas.

Expresa que desde los 15 meses de nacida, a su hija le fue diagnosticada la enfermedad FIBROSIS QUISTICA PULMONAR que produce lesiones a nivel del páncreas, pulmón y afecta el sistema digestivo, padecimiento que de acuerdo con los conceptos médicos especialistas es vitalicio y amenaza de manera drástica la vida de la menor, haciendo necesario el suministro de medicamentos permanentes y vitalicios.

Manifiesta que a pesar de ser inminente e indispensable el suministro de los medicamentos, complementos alimenticios y vitamínicos prescritos por los médicos del Plan de Medicina Prepagada y de la EPS, estos han sido negados de manera reiterada por la EPS accionada, con el argumento de no estar incluidos dentro del POS.

Al escrito de tutela, el actor acompañó documentos como el registro civil de nacimiento de la menor, copia de unas formulas médicas y de la historia clínica. (Folio 20-33)

B. La demanda de tutela.

El actor solicita la protección rápida y eficaz, ya que considera que la EPS Colmena Salud al no expedir la autorización necesaria para la entrega de los medicamentos, vulnera ostensiblemente los derechos fundamentales a la seguridad social, salud y vida de su menor hija.

C. Pretensión.

El actor solicita se ordene a la EPS Colmena que proceda a autorizar y entregar la totalidad de medicamentos prescritos por su médico tratante.

Mediante sentencia del veinticuatro (24) de febrero de dos mil cuatro (2004), el Juzgado Veintiuno Penal Municipal de Bogotá denegó la tutela solicitada, por las siguientes razones:

Desprendiéndose de los elementos de juicio probatorios arrimados al expediente, tal como lo afirma el Representante Legal de las dos entidades accionadas, respecto de los medicamentos y complementos alimenticios y vitamínicos estos han sido ordenados por médicos que no se encuentran dentro de la red de prestadores de Colmena Salud EPS, por lo

que es imposible trasladar a las Entidades Promotoras de Salud procedimientos que son ordenados por médicos ajenos a la red del POS. De otro lado, los medicamentos solicitados por el actor no se encuentran incluidos en las coberturas del POS. Que no obstante, el Ministerio de Salud, mediante Resolución 2948 de 2003, indicó que las Entidades Promotoras de Salud, deben conformar un Comité Técnico Científico, deben analizar las solicitudes que presenten los usuarios sobre medicamentos que no se encuentren incluidos dentro del Acuerdo 228 de 2002, para determinar la posibilidad de suministrarlos, con el cumplimiento de los requisitos incluidos en la misma resolución, como existir un riesgo inminente para la vida, pero a la fecha, el representante de la menor, no ha presentado la solicitud respectiva ante el Comité Técnico Científico, es decir no ha agotado los procedimientos previstos en el mismo ordenamiento.

De otro lado, respecto al contrato de medicina prepagada la menor es beneficiaria Plan Azul que se encuentra en cabeza del padre y representante de la menor, y la negación de los medicamentos solicitados en el escrito de tutela obedece a que se trata de una exclusión del contrato, y por lo tanto, Colmena Salud Medicina Prepagada también demandada no esta obligada a prestar servicios fuera de lo previamente pactado.

Concluye finalmente que existen alternativas para casos como el presente en el que los medicamentos no están incluidos en el POS, como son el de asumir sus costos directamente por el afectado (en este caso el representante de la menor) o cuando se esta en imposibilidad económica de asumirlos, acudir a las instituciones del Estado a aquellas con las que éste tenga contrato, por lo tanto no existe vulneración a los derechos de la menor.

E. Impugnación.

El actor impugnó la anterior decisión, señalando que no se le valoraron la totalidad de documentos aportados al proceso, donde demuestra que su menor hija ha sido atendida por sus quebrantos de salud, tanto por la EPS como por la Medicina Prepagada. Los médicos que la han atendido como Dr. Omar Gómez, Dr. Daniel Mercado, y Dr. José Fernando Vera Chamorro entre otros, son o en el momento de examinarla, fueron prestadores del servicio médico de la EPS como consta en las formulas medicas aportadas.

Agrega que en el tiempo que lleva afiliado junto con su grupo familiar se le han entregado algunos medicamentos para su hija y se le han negado otros, sin importar si los han recetado los médicos del POS o de la Medicina Prepagada, y además, nunca se le ha indicado que existe algún procedimiento a seguir cuando los medicamentos son NO POS, como es el de acudir a un Comité de la EPS para que evalúe la gravedad de la enfermedad y autorice la entrega de los mismos.

Solicita se revoque la decisión y se le autorice el suministro de todos los medicamentos, tratamiento y exámenes que necesite de acuerdo a los padecimientos de la menor.

F. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del veintisiete (27) de abril de dos mil cuatro (2004), el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Bogotá del confirmó el fallo proferido por el a quo, al considerar que Colmena Salud EPS y Colmena Salud Medicina Prepagada integran un mismo grupo, el primero ofreciendo el Plan Obligatorio de Salud y el segundo complementario del anterior, para brindar al afiliado condiciones alternativas de comodidad, etnología y beneficios no contemplados en el POS o que garantizan condiciones diferentes o adicionales. No siendo por lo tanto entidades ajenas o independientes ya que la segunda es complemento de la primera, y el afiliado puede utilizar la atención y beneficios del plan prepago, sin que deba acudir primero al POS.

Agregó que ambas empresas fueron vinculadas y las recetas medicas aportadas al proceso pertenecen tanto a la red de la EPS y a los profesionales de la prepagada. Además que la EPS accionada alegó que el actor no ha agotado el procedimiento administrativo interno que significa recurrir al Comité Técnico Científico en procura de que allí se estudie la posibilidad de suministrarle las drogas que se encuentran fuera del POS, lo que permite entender que ese conducto no fue agotado por el actor, porque éste ha insistido que no pueden ser objeto de exclusión, teniendo en cuenta las coberturas del Plan Azul de la prepagada.

Verificado el contenido del contrato suscrito de Medicina Prepagada la Cláusula tercera consagra las coberturas y el ítem 3.3.6 se refiere a la atención del recién nacido, quien tendrá cobertura total de los servicios ofrecidos en el contrato desde el momento mismo de su nacimiento, sin que haya lugar a la aplicación de preexistencias, periodos de carencia o exclusiones por enfermedades o anomalías de carácter congénito. En el numeral 4.13 se

excluye el suministro de medicamentos, salvo en los casos expresamente previstos en el contrato. Mas adelante en la Cláusula quinta reza, que las coberturas prevista en el contrato operan hacia el futuro, aunque Salud Colmena podrá si así lo decidiere, reconocer antigüedad a algún usuario.

Todas las cláusulas conforman un solo contrato, sin que solo puedan escogerse las que favorecen al usuario, y si la menor paciente fue inscrita en el Plan Azul en 1993, las modificaciones que posteriormente tuvo la reglamentación del Plan como la de enero de 1995, no le son aplicables, al menos en el cubrimiento de medicamentos.

Por lo tanto, el actor puede acudir al Comité Técnico Científico de la EPS, en procura de que se le autorice la entrega de los medicamentos que se encuentran fuera del POS, o solicitar conforme al parágrafo de la cláusula quinta del Plan Azul de su contrato de medicina prepagada, modificado en enero 18 de 1995, que las coberturas allí descritas, se le extiendan por su antigüedad como usuario.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

El actor interpone la acción de tutela al considerar que la EPS. Colmena Salud y Salud Colmena Medicina Prepagada vulneran los derechos fundamentales de su menor hija, al no autorizar la entrega de todos los medicamentos formulados.

Por tanto, corresponderá a esta Sala decidir si en el caso en estudio procede la acción de tutela.

Tercera.- Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación ha considerado que en aquellos casos que en los que la salud y la vida de un individuo se encuentren seriamente comprometidas sino se efectúa un procedimiento

quirúrgico o no se suministra un medicamento, por ejemplo, con el argumento de que éstos se encuentran excluidos del POS por así disponerlo una norma legal o reglamentaria, el juez de tutela, con fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, deberá inaplicarla¹.

No obstante, la Corte ha precisado que para que se de la inaplicación del precepto legal o reglamentario deben estar demostrados unos requisitos y en consecuencia la EPS queda obligada a la prestación del servicio o la entrega de los medicamentos y ésta tiene todo el derecho a reclamar al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), el pago de los sobrecostos en que incurra por la prestación del servicio (entrega de medicamentos, autorización de procedimientos médicos o quirúrgicos, y otros), pues de ese modo lo que se busca es preservar el equilibrio financiero².

Los requisitos para que sea procedente en estos casos son los siguientes:

- a) que la falta del medicamento o tratamiento excluido, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal de la persona;
- b) que el fármaco o procedimiento 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 el nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente;
- c) que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud; y
- d) que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo³.

Debe entenderse que cuando alguien acude ante este mecanismo de defensa judicial, argumentando que la negativa en la prestación del servicio médico asistencial requerido, esta afectando sus derechos fundamentales, el juez de tutela deberá verificar cual es la razón que sustenta su negativa.

En el caso en estudio, respecto a la situación presentada por el actor en representación de su menor hija, en cuanto a su afirmación que la entidad demandada le está vulnerando los derechos a la salud y a la vida, la Sala observa que la EPS le ha negado el suministro de los

medicamentos por cuanto la formula medica fue emitida por un médico que no se encontraba adscrito a la entidad, si no por uno adscrito a Salud Colmena Medicina Prepagada, y en segundo término, que dicha entidad no le ha negado la asistencia médica que ha requerido la menor desde su nacimiento para tratar de solucionar su problema, pues el propio actor anexó a la demanda copias de la historia clínica, de las ordenes para exámenes y procedimientos clínicos, y algunas formulas ordenando los medicamentos a la menor paciente, desde noviembre de 2000, y la ultima formula con fecha del 24 de julio de 2001, lo que indica que siempre ha tenido la asistencia medica necesaria cuando ha cumplido los requisitos exigidos.

Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional⁴, no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la EPS accionada como ocurre en este caso. Si el actor, precisó la sentencia T-749 de 2001, decide acudir a un médico diferente a los que están suscritos a la EPS, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.

El médico tratante, ha entendido la Corporación, es el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente. De no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la EPS encaminadas a la entrega de medicamentos o la realización de tratamientos determinados por médicos particulares.⁵

En cuanto a la vulneración que menciona el actor por parte de Salud Colmena Medicina Prepagada, en cuanto a la cobertura de medicamentos, señaló la Corte en la sentencia T-732 de 1998 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), lo siguiente:

“De otra parte, también es cierto, que desde las sentencias T-533 de 15 de octubre de 1996, reiterada por la T-250 del 27 de mayo de 1997, pasado por la T-307 de 1997, hasta llegar a la SU-039 de 1998, esta Corporación ha sostenido que, en el evento de que se presente una controversia contractual, en materia de medicina prepagada, ella debe ser resuelta, en principio, por la justicia ordinaria, también lo es que opera la tutela con efectos temporales y aún definitivos; cuando las circunstancias del solicitante lo ameriten para proteger la salud y en conexidad con ella la vida del contratante o aún de los beneficiarios de la relación jurídica. En este mismo sentido, se debe reiterar, el criterio jurisprudencial anterior, en relación con las controversias contractuales derivadas de los negocios jurídicos de medicina prepagada,

según el cual, las partes cuentan con otros medios judiciales propios, de resolución que hacen inoperante la acción de tutela,...”

Así las cosas, después de analizar las pruebas aportadas al proceso, encontramos que los entes accionado le han prestado el servicio médico cuando lo ha solicitado y solo resta analizar la discusión que se presenta sobre coberturas y exclusiones dentro del contrato de Medicina Prepagada suscrito entre las partes, lo que la Sala considera debe ser resuelto y debatido ante la jurisdicción civil.

Sin embargo, aclara la Sala que el actor tendrá derecho a la atención medica en relación con el obligado a prestarla, a la que dadas las circunstancias del caso y por tratarse de una menor cuya salud se encuentra afectada, deberá atenderse en forma oportuna.

En consecuencia, teniendo en cuenta los apartes de las sentencias mencionadas y las anteriores consideraciones en el caso de la menor Ana Maria Tovar Zuluaga, habrá de reiterarse la jurisprudencia de la Corte y confirmar el fallo de segunda instancia que negó el amparo, por las razones antes expuestas.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Bogotá que confirmó el fallo del Juzgado Veintiuno Penal Municipal de Bogotá, en la acción de tutela instaurada por el señor Ivan Tovar Perdomo en representación de su menor hija Ana Maria Tovar Zuluaga, contra Colmena Salud EPS y Salud Colmena Medicina Prepagada.

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Sentencia T-150 de 22 de febrero de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Sentencias SU-480 de 1997 y T-1018 de 2001, entre otras.

3 Sentencias SU-111 de 1997; SU-480 de 1997 ; T-236 de 1998 ; T-283 de 1998, T-560 de 1998 y T-409 de 2000.

4 SU-480 de 1997 y T-665 de 1997, reiteradas en T-378 de 2000, y recientemente por la T-749 de 2001.

5 Sentencia T-740 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.