

Sentencia T-791/07

DERECHO DE PETICION-Fundamental

DERECHO DE PETICION-Contenido y alcance

DERECHO DE PETICION-Características de la respuesta

DERECHO DE PETICION EN MATERIA PENSIONAL-Procedencia de tutela

DERECHO DE PETICION EN MATERIA PENSIONAL-Términos

Referencia: expediente T-1646232

Acción de tutela interpuesta por Arsinoe Correa de Jaramillo en representación del señor Ricardo Salcedo Vargas contra CAFESALUD EPS y MP CAFESALUD.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil siete (2.007).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JAIME ARAÚJO RENTERÍA, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME CORDOBA TRIVIÑO en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

que pone fin al trámite de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Penal Municipal de Bogotá de mayo 24 de 2007, dentro de la ACCION DE TUTELA seguida por Arsinoe Correa de Jaramillo en representación del señor Ricardo Salcedo Vargas contra CAFESALUD EPS y MP CAFESALUD.

I. LOS ANTECEDENTES.

Funda la parte actora, el petitum de su escrito tutelar en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Los hechos.

La actora, que actúa como agente oficioso de su señor esposo Ricardo Salcedo Vargas, manifiesta que a él, le diagnosticaron TUMOR MALIGNO GERMINAL MIXTO DEL TESTICULO CON PATRONES DE CARCINOMA EMBRIONARIO Y SEMINOMA.

Informa que en el mes de abril de 2007 fue intervenido quirúrgicamente y que para la fecha en que se interpuso la acción de tutela se encontraba hospitalizado en la Clínica Marly, luego de haber sido remitido por la Clínica del Country en donde se le estaba practicando tratamiento de quimioterapia.

Trasladado a la Clínica Marly, ante la falta de camas en la Clínica del Country, se le aplicó el medicamento conocido como NEUPOGEM, prescrito por el médico tratante, ya que dicha droga regula la producción y liberación de los granulocitos neutrofilos funcionales en la médula ósea, de manera que es un medicamento prioritario para salvar la vida del enfermo.

Al mismo tiempo indica, que Cafesalud MP, se niega a cubrir el costo de dicha droga, inadvirtiéndolo incluso, que fue ordenada por el médico tratante adscrito a esa entidad.

2. Las pretensiones.

Por el accionante, se presentó recurso de amparo solicitando la protección de los derechos fundamentales de su esposo Ricardo Salcedo Vargas a la vida y la igualdad. Así mismo y como corolario de la anterior declaración solicita que se comine a Cafesalud EPS suministre y asuma el 100% del costo del tratamiento con NEUPOGEM y demás medicamentos que llegare a necesitar en el tratamiento de cáncer que él padece.

3. La intervención de las entidades accionadas.

3.1 En respuesta a lo ordenado por el Juzgado 39 Penal Municipal de Bogotá, luego de admitir la tutela de la referencia mediante proveído de mayo 10 de 2007, Cafesalud MP descorrió en oportunidad el término de traslado para ejercer su defensa procesal en la cual solicitó que se negara la tutela por improcedente.

En tal razón, aún cuando se allanó a algunos de los hechos de la demanda, indicó que el accionante se encuentra afiliado a Cafesalud MP, mediante Contrato de Medicina Prepagada

en el Plan Cereza Excelso Plus, con inicio de vigencia el 24 de mayo de 2005 y que, desde el 3 de mayo de 2007, fecha en que ingresó a la Clínica Marly, Cafesalud dio cobertura a todas sus necesidades, excluyendo de la cobertura el medicamento denominado NEUPOGEN. Lo anterior, teniendo en cuenta que el Contrato de Medicina Prepagada, precisa explícitamente las prestaciones sobre las cuales recae el contrato, definiendo las obligaciones que de ahí derivan. Para ello, invoca lo dispuesto en el Capítulo III Cláusula Octava Parágrafo 2º, que hace referencia a los períodos de carencia para el acceso a los servicios.

Señala, que las condiciones en que se suscribió el Contrato de Medicina Prepagada está regido por la autonomía privada y, fundamentalmente por postulados constitucionales como el de la buena fe. Además que, dichos contratos se encuentran aprobados por la Superintendencia Nacional de Salud.

Por último, indica que la acción de tutela iniciada en su contra resulta improcedente, pues dicho recurso, no procede contra conductas legítimas de los particulares, en los términos del artículo 45 del Decreto 2591 de 1991. Igualmente, expone Cafesalud MP que el instrumento incoado en su contra solo protege derechos con el carácter de fundamentales y no, cuando solo tengan un rango legal, como se trata de las garantías que en este proceso se reclaman.

3.2 Con escrito de 23 de mayo de 2007, la doctora Fernanda Liliana Coca Medina (folio 54 y ss), en su condición de Gerente Regional de Cafesalud EPS, dio contestación a la acción de tutela formulada en contra de esa entidad, y después de trasegar por las normas generales que en la ley 100 de 1993 regulan el servicio público de salud, y luego de aterrizar en las normas legales y reglamentarias sobre limitaciones y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud y de exponer su conocimiento sobre la jurisprudencia constitucional al respecto existente, manifiesta que existe una imposibilidad para autorizar el cubrimiento de procedimientos ordenados por médicos particulares.

En ese sentido, insiste que en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, no se cumple uno de los requisitos para inaplicar la normativa del POS, por cuanto no se cumple el presupuesto consistente en que el medicamento o tratamiento requerido haya sido prescrito por el médico tratante, esto es, el galeno adscrito a la EPS a la que está afiliado el actor.

Sobre ello, dice el escrito que recorrió el traslado. “En este punto se reitera que el Dr. Edgar Ramirez (quien recomendó al afiliado el medicamento no está adscrito a nuestra EPS y con él

no tenemos contrato de prestación de servicios por parte del programa de la EPS” (Negrilla es del texto).

4. Intervención de las entidades vinculadas.

En el auto que avocó el conocimiento del caso, se ofició a la CIFIN1 y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN. A la primera, para que informase si Arsione Correa y Ricardo Salcedo, tienen cuentas bancarias, tarjetas de crédito u otra actividad financiera conocida. Y a la DIAN, con el propósito de que indicase si dichas personas aparecen inscritas en el RUT.

Pues bien, la Asociación Bancaria de Entidades Financieras de Colombia, rindió un informe detallado indicando el estado de cuentas del accionante y de su agente oficioso en escrito que obra a folios 24-38. Por su parte, la DIAN manifestó que los señores Ricardo Salcedo Vargas y Arsinoe Correa de Jaramillo, si figuran en El Registro Único Tributario.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa.

1. Sentencia de instancia.

Mediante proveído de 24 de mayo de 2007, el Juzgado 39 Penal Municipal con Funciones de Control de garantías de Bogotá, declaró improcedente la acción de tutela. Indicó el sentenciador de la instancia que, tras el estudio de las pruebas allegadas el juicio, si bien es un hecho palmario el cáncer que padece el señor Ricardo Salcedo Vargas a raíz del tumor maligno que tiene en uno de sus testículos, no menos cierto es que, frente al contrato de medicina prepagada que tiene con la MP Cafesalud, las partes deben ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el clausulado de dicho acuerdo, pues no es posible que con posterioridad a la celebración del contrato, se modifiquen unilateralmente las condiciones inicialmente previstas. Y, efectivamente en el caso analizado y de acuerdo con los términos de la convención, el medicamento solicitado por el paciente fue requerido cuando faltaban unos cuantos días para cumplirse con el período mínimo de permanencia.

En cuanto a la presunta violación de Cafesalud EPS, señala la sentencia materia de revisión, que si bien se aportó el formato de negación de Cafesalud MP, no hace lo propio con respecto a la EPS, además que no hay fórmula médica que permita determinar que el facultativo que

le ordenó la aplicación de la droga requerida se encuentra adscrito a Cafesalud EPS.

2. Las pruebas relevantes que se arrimaron a la actuación.

Se tuvieron como tales las siguientes:

a. Copia de la cédula de ciudadanía de Arsinoe Correa de Jaramillo y Ricardo Salcedo Vargas, así como el carné de afiliación a Cafesalud Medicina Prepagada (folio 6)

a. Copia del formato de negación de salud y/o medicamentos, donde se explica que no se cubren factores de estimuladores de colonias por no cumplir con el período mínimo de carencia (folio 8).

a. Copia de la historia clínica del paciente (folio 10).

a. Copia de las formulaciones médicas realizadas por el Oncólogo Clínico Dr. Carlos Ortiz Santacruz. (folio 11-15).

a. Copia del informe radiológico por ecografía testicular (folio 16).

a. Oficio OPTA-261/2007 remitido por Cafesalud MP requerido en sede de revisión (folio 11 del cuaderno de la Corte Constitucional).

III. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES.

1. La competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas en precedencia.

2. El asunto bajo revisión.

En el caso sub lite, se presentó recurso de amparo solicitando la protección de los derechos fundamentales del señor Ricardo Salcedo Vargas a la vida y la igualdad. Del mismo modo y como consecuencia de la anterior declaración solicita que se conmine a CAFESALUD EPS y/o CAFESALUD MP, suministre y asuma el 100% del costo del tratamiento con NEUPOGEM y demás medicamentos que llegare a necesitar en el tratamiento de cáncer que él padece.

Habida cuenta de lo anterior y por razones de metodología para resolver el problema jurídico planteado, la Sala expondrá: (i) legitimación en los trámites de tutela. El caso de la agencia oficiosa; (ii) procedencia de la acción de tutela contra entidades de medicina prepagada; (iii) la naturaleza de los contratos de medicina prepagada; (iv) del tratamiento prescrito por el Médico tratante adscrito a la Entidad Promotora de Salud. Por último se referirá la Corte al caso concreto.

3. La legitimación en los trámites de tutela. Anotación previa.

Dispone el artículo 10º del Decreto 2591 d 1.991 reglamentario de la acción de tutela:

“Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de representante.

Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales”. (Negrilla fuera de texto).

Una revisión de la disposición citada deja ver que, como quiera que lo que está en juego es la posibilidad de asegurar a todos los ciudadanos, aún a aquellos que se encuentran impedidos física o jurídicamente para actuar por sí mismos, que puedan ejercer una acción judicial en la que se tome una determinación concreta acerca de la posible violación de sus derechos fundamentales y, de ser procedente, obtener un pronto remedio jurídico, en aquellos casos en que, como el que se estudia, el titular del derecho en situación de quebranto o de amenaza no está en una posibilidad real de acudir directamente ante los jueces.

Por ello, como ya lo ha dicho la Corte, “solo en la medida en que los mecanismos de protección de los derechos fundamentales se puedan garantizar a todas las personas, haciendo flexibles las formalidades procesales aplicables, y permitiendo que quienes no pueden defender sus derechos presencialmente ante las autoridades, tengan todavía la posibilidad de ser oídas en sede de tutela, se concibe la supremacía de la Constitución como norma que estimula la convivencia social (artículo 4 C.P.) y se comprende cabalmente el principio de responsabilidad jurídica aplicable a los particulares y a la autoridad (artículo 6 C.P.”2.

4. Procedencia de la acción de tutela contra entidades de medicina prepagada.

La Constitución Política de 1.991 advierte la posibilidad de dirigir acciones de tutela contra particulares cuando en el último inciso del artículo 86 señala: “La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Dicho postulado, fue desarrollado posteriormente por el artículo 42 y siguientes del Decreto 2591 del 91. Ahora bien, ciertamente, el propósito del Constituyente de salvaguardar las garantías fundamentales de los individuos, no se limitó a la amenaza o quebrantamiento proveniente de los poderes públicos, pues reconoció que, los particulares pueden, con sus acciones u omisiones lesionar o amenazar derechos que gocen de la condición de fundamentales.

El artículo 42, numeral 2º, del mencionado Decreto establece que la acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de particulares encargados de la prestación del servicio público de salud.

Las entidades de medicina prepagada, por definición, son entidades autorizadas para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud, en forma directa o indirecta, lo que las hace, sin lugar a dudas, sujetos pasivos de esta acción.

Surge inmediatamente la pregunta de sí es procedente, pues, la tutela en el presente caso, instaurada contra una sociedad de la señalada naturaleza, cuestionamiento que no podría contestarse sino afirmativamente, atendiendo, precisamente, la especialísima función de los contratos de medicina prepagada y que, por consiguiente, pueden llevar extraordinariamente a solucionar conflictos por la vía del amparo, toda vez que se trata de la salud de las personas y en algunos casos las acciones u omisiones de las compañías privadas que tienen el aludido objeto pueden afectar ese derecho y poner en peligro la integridad personal y aún la vida, derechos fundamentales cuya protección debe brindarse de modo inmediato y efectivo, y entonces es procedente la figura del artículo 86 de la Constitución⁵.

5. La naturaleza de los contratos de medicina prepagada. Reiteración de jurisprudencia⁶.

De conformidad con la legislación colombiana, el servicio público de salud puede prestarse de dos formas: i.) de carácter obligatorio, es la que se realiza a través de las instituciones del Régimen General de Seguridad Social en Salud, tanto del régimen contributivo (Entidades Promotoras de Salud -EPS-), como del subsidiado (Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS-) y ii.) mediante los Planes Adicionales de Salud -PAS-.

Los contratos de medicina prepagada son una clase de los Planes Adicionales de Salud -PAS-, que se encuentran regulados en la ley y cuyo objeto es brindar a los usuarios del servicio de salud una atención complementaria, a la ofrecida de manera general por las EPS mediante el POS. Para la prestación de ese servicio se requiere “el pago de un precio que igualmente es adicional al cotizado obligatoriamente por patrono y empleador en el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así, el usuario que tiene la capacidad económica para acceder voluntariamente al pago de una protección mayor en salud, - respecto de sí mismo y su núcleo familiar- contrata de manera privada con una entidad de medicina prepagada para acceder a servicios de salud, que se sugieren como de mayor calidad o cobertura que el plan básico (P.O.S.) entregado por las E.P.S.”⁷⁸

Dicho en otros términos, un plan de medicina prepagada consiste en un conjunto de

beneficios, de carácter opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria del sistema general. Por lo tanto, el acceso al mismo es de responsabilidad exclusiva de los particulares “como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias”. No obstante, una vez suscrito el plan adicional, el usuario tiene la posibilidad de elegir libre y espontáneamente si utiliza los beneficios del POS (en el régimen contributivo) o los del plan adicional y “las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.”

Ahora bien, la naturaleza de la relación jurídica entre la entidad de medicina prepagada y el usuario es de carácter contractual y, por lo tanto, le son aplicables las normas civiles y mercantiles, especialmente, la relativa a la obligación de las partes de ejecutar el contrato conforme a los postulados de la buena fe, a partir de las reglas consagradas en los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del Código de Comercio. De esa manera, como en cualquier contrato legalmente celebrado, el de medicina prepagada es ley para las partes⁹.

Dijo la Corte Constitucional sobre las características del contrato de medicina prepagada, en la sentencia SU-039 de 1998¹⁰, lo siguiente:

“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”¹¹ a la otra.

“De manera que, son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, y que 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, pero 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.”

Por lo tanto, como regla general, la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los contratos de medicina prepagada corresponde a la jurisdicción ordinaria pues, en estos casos, se está ante conflictos privados que giran en torno al alcance de los derechos y las obligaciones que surgen para las partes con ocasión de las cláusulas pactadas. Sin embargo, en el artículo 86 de la Constitución Política se estableció expresamente la posibilidad de instaurar la acción de tutela directamente frente a particulares (como es el caso de las entidades de medicina prepagada).

De otra parte, el carácter privado de las relaciones contractuales entre las instituciones de medicina prepagada y sus usuarios hace que las controversias jurídicas que se susciten durante su ejecución deban resolverse, en principio, a través de los procedimientos propios de la jurisdicción civil ordinaria. No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido que en razón de los derechos fundamentales que pueden verse afectados en dicha relación, como son la vida, la integridad física, el mínimo vital o la salud, la acción de tutela resultaría procedente de manera excepcional, esto es, siempre y cuando en el caso concreto el mecanismo judicial ordinario no resulte idóneo o se esté ante la inminencia de un perjuicio irremediable¹².

Por último, y en punto a las relaciones jurídicas que se derivan de la prestación de servicios de salud, en el régimen contributivo, entre los afiliados y las E.P.S., y los afiliados y las Compañías de Medicina Prepagada, lo cierto es que tienen una naturaleza diversa. En efecto, “[m]ientras las primeras derivan de normas imperativas propias de la seguridad social, las segundas se originan en la libre voluntad de los afiliados, quienes deben contratar los servicios de un plan de medicina prepagada para mejorar la calidad de los servicios de salud que reciben. De esta manera, mientras la relación entre una E.P.S. y un afiliado es de derecho público, la que surge entre una empresa de medicina prepagada y un usuario es básicamente de derecho privado, aunque tienen ciertas dimensiones públicas en tanto involucra la realización de derechos fundamentales del contratante”.¹³

6. Del tratamiento prescrito por el Médico tratante adscrito a la Entidad Promotora de Salud.

El literal 11 del artículo 4º del decreto 1938 de 1994, por virtud del cual se establecen los lineamientos del Plan de Atención Básica en salud, define el tratamiento como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo”.

Así, con relación a la necesidad de que el tratamiento o en general cualquier asistencia que requiera el paciente, la ordene el médico tratante adscrito a la EPS, por ser el indicado y el legalmente legitimado para el efecto, ha sido ello un punto pacífico en la jurisprudencia constitucional, como lo demuestra un recorrido por los precedentes de esta Corporación.

En este orden, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional¹⁴, no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la EPS accionada como ocurre en este caso. Por tanto, si el actor decide acudir a un médico diferente a los que están adscritos 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 galeno que advierta esa 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.¹⁵

En efecto, en sentencia de unificación del 25 de Septiembre del 97 se señaló:

“Quiere decir lo anterior que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar”.¹⁶

Con el mismo criterio en sentencia 1325 de 2.001, la Corte dijo:

“Sea ésta la oportunidad para señalar que los jueces deben ordenar únicamente la práctica de los tratamientos indicados por los médicos tratantes y que son sólo ellos quienes, debido a que son los que disponen del experticio del cual carece el abogado, pueden determinar si

un tratamiento contemplado en el POS es idóneo para sustituir a uno no contemplado en el mismo.

En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, tal como aconteció en esta oportunidad -lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos- o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos.”¹⁷

7. Del caso concreto.

7.1 En la materia que ocupa el análisis de la Sala, por la accionante, en calidad de agente oficioso, se presentó recurso de amparo solicitando la protección de los derechos fundamentales de su esposo Ricardo Salcedo Vargas a la vida y la igualdad. Así mismo y como corolario de la anterior declaración solicita que se conmine a Cafesalud EPS a que suministre y asuma el 100% del costo del tratamiento con NEUPOGEM y demás medicamentos que llegare a necesitar en el tratamiento de cáncer que él padece.

Frente a la tutela por esas razones pretendida, la primera instancia negó el amparo por improcedente para lo cual atendió, todas las razones expuestas por las entidades demandadas en el momento en que descorrieron el traslado de la acción de tutela.

7.2 Pues bien, se acciona en este caso contra Cafesalud MP y Cafesalud EPS, la primera, es la entidad que ofrece al señor Ricardo Salcedo Vargas los servicios de medicina prepagada mediante planes complementarios de salud, según se desprende de la foliatura examinada y de lo manifestado por la parte actora en el escrito de tutela. La segunda, en cambio, es la Entidad Promotora de Salud, cuyo servicio es de carácter obligatorio, y que además, se realiza a través de las instituciones del Régimen General de Seguridad Social en Salud.

7.3 La Corte no desconoce que son las legislaciones civiles y comerciales las encargadas de regular las relaciones entre los agentes del sector privado, más aún, en aquellas circunstancias en que dichas normas vienen a disciplinar el régimen jurídico de los contratos que se celebran con ocasión del libre ejercicio de la voluntad. Pero, al mismo tiempo y así lo

ha manifestado esta Corporación, de dichas convenciones pueden derivarse quebrantamientos de normas y valores superiores, entre los que se encuentra el deber de salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales, lo que en tal circunstancia viabiliza el ejercicio de la acción de tutela.

En el caso de uno de los extremos pasivos, esto es, Cafesalud EPS, bien hizo la decisión de instancia en denegar con respecto a ella el recurso de amparo, pues evidentemente no se encontraban satisfechos los presupuestos para proteger el derecho constitucional a la salud, tratándose de medicamentos proscritos del POS, como que no se cumplía en lo que a la EPS respecta el requisito relativo a que el medicamento o tratamiento haya sido formulado por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo”18.

Cosa distinta, es la que se predica con respecto a la situación de Cafesalud MP, por cuanto, en primer lugar, la droga requerida por el accionante -actual enfermo de cáncer, por razón de un TUMOR MALIGNO GERMINAL MIXTO DEL TESTICULO - fue efectivamente ordenada por el médico tratante adscrito a esa entidad, según se desprende de la contestación que hiciera Cafesalud MP al momento de descorrer el traslado (folio 40 del cuaderno principal) y del oficio OPT-A-261 de agosto 30 de 2007; este último, remitido ante esta Corporación ya estando el asunto en sede de revisión.

Pero el segundo motivo por el que llega la sala a ese razonamiento, deriva precisamente, del argumento fundamental argüido por esa entidad para negar el medicamento, vale decir, el consistente a los períodos de carencia para dicha cobertura.

Pues bien, de acuerdo con la cláusula octava parágrafo 2º del contrato:

“Los períodos de carencia de que tratan las condiciones especiales definidas en cada una de las condiciones en salud, serán tenidos en cuenta en forma individual para cada uno de los usuarios y empezarán a contar a partir de la fecha de iniciación consignada en la carátula del respectivo documento.

A continuación se especifican los servicios y coberturas que están sometidas a períodos de carencia.

Servicio y cobertura

Inicio del servicio y cobertura

Tratamiento farmacológico hospitalario o manejo terapéutico de reemplazo hormonal

A partir del primer día del año de permanencia en el contrato para cada usuario

Continúa diciendo la entidad en el escrito obrante a folio 42 que, “teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto se aclara la cobertura para el tratamiento farmacológico de inductores de crecimiento celular o factores de crecimiento estimulador de colonias NEUPOGEM, el cual tendrá cobertura tan pronto sea superado el tercer período de carencia, 1 día del 3^a año de permanencia ininterrumpida, es decir, a partir de 25 de mayo de 2007”. (Negrilla original del texto).

7.4 Con base en las consideraciones precedentes, se concluye que, solo 16 días faltaron para tener acceso a la cobertura que motivó la solicitud de amparo, en la medida que la acción de tutela fue impetrada el 9 de mayo de 2007 (folio 17) circunstancia ésta que, denota que no obstante que las exclusiones se rigen por lo expresamente convenido en el contrato, “PACTA SUNT SERVANDA”, no menos es verdad, que dicha cláusula interpretada en concreto atenta contra derechos fundamentales y contra el mismo servicio público que prestan las entidades de medicina prepagada, desconociendo la constitucionalización de los contratos así cómo, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal a que se refiere el artículo 228 superior, pues una lectura aislada de las exclusiones argüidas sacrificaría los derechos sustantivos de los usuarios del sector salud, lo que se hace mucho más grave cuando es la vida misma del paciente la que está de por medio.

Pero además, y más importante aún, para el momento en que el expediente contentivo de la acción de tutela examinada llegó a la Corte Constitucional (junio 8) dicha fecha -25 de mayo de 2007- había sido sobradamente superada.

7.5 Por tanto, dispondrá la Sala revocar parcialmente la sentencia dictada en la instancia por el Juzgado 39 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá y se concederá la tutela, disponiéndose a cargo de Cafesalud MP que en el perentorio término de 48 horas, contados a partir de la notificación del presente proveído suministre al accionante el medicamento de nombre NEUPOGEM, recetado por el médico tratante en el convenio de medicina prepagada.

IV. 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 Política,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR, parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado 39 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá de 24 de mayo de 2007 y que declaró improcedente la acción de tutela iniciada por la señora Arsinoe Correa quien actúa en Representación de su esposo Ricardo Salcedo Vargas en contra de Cafesalud EPS y Cafesalud Medicina Prepagada.

SEGUNDO: Confirmar el numeral 2º de la misma providencia.

TERCERO: CONCEDER LA ACCION DE TUTELA y en consecuencia se dispone: ORDENAR a Cafesalud Medicina Prepagada que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación del presente proveído, suministre a favor del señor Ricardo Salcedo Vargas el medicamento de nombre NEUPOGEM, según la ordenación del médico tratante de la entidad.

CUARTO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

EN COMISION

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 CIFIN es un servicio privado de recolección, almacenamiento, procesamiento, administración, divulgación y cesión de información, conformado por bases de datos de diverso carácter, a través de las cuales se muestra el comportamiento comercial y financiero de las personas que son reportadas a ellas.

2 Sentencia T-452 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda.

3 Corte Constitucional Sentencia T-422 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte Constitucional denegó la protección del derecho de petición que invocaba el peticionario, pues no probó los requisitos mínimos a los que se alude para que le fuera reconocida su condición de agente oficioso. En este caso se trataba de un particular que, no obstante no ser propietario de predio alguno, ni habitante del sector, actuaba en beneficio de una comunidad perjudicada por la construcción inminente de oficinas en un sector residencial. La misma tesis aquí reseñada, fue reiterada en la sentencia T-530 de 1994 M.P. Fabio Morón Díaz

4 Ibid.

5 T-128/00 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Consúltese al respecto la sentencia T-660 de 2006 M.P. Alvaro Tafúr Galvis.

7 T-065 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-181 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Ver sentencia T-1217 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

10 M.P. Hernando Herrera Vergara.

11 Concepto mencionado por el Tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez en su obra "De los contratos", Editorial Temis- Editorial Jurídica de Chile, pág. 40.

12 Ver sobre este tema la sentencia T-699 de 2004, M.P: Rodrigo Uprimny Yepes.

13 Cfr. T-533/96, T-290/98, T-731/04, ya citada.

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

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

16 Sentencia Corte Constitucional SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

17 Corte Constitucional Sentencia de 7 de Diciembre de 2.001 (M.P. Manuel José Cepeda)

18 En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencias SU-111 de 1997; SU-480 de 1997 ; T-236 de 1998 ; T-283 de 1998, T-560 de 1998, T-409 de 2000 y T-704 de 2004.