Sentencia T-662/06

DERECHOS PRESTACIONALES-Alcance

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-

Condición programática tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo/**DERECHO A LA SALUD**-Fundamental por transmutación en derecho subjetivo o por conexidad

En general, a los derechos prestacionales les puede ser reconocida la naturaleza de derecho fundamental, entre otras, por dos vías, a saber: i) La transmutación del derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales y ii) La conexidad con otros derechos que sí tienen naturaleza fundamental, de tal manera que la protección del derecho prestacional deviene necesaria porque, de lo contrario, se afectaría un derecho de dicha naturaleza.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Procedencia

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Implante coclear bilateral

ACCION DE TUTELA-No están dados los requisitos para inaplicación de exclusiones de la cobertura del POS

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA EN MATERIA DE SALUD-Concepto y aplicación

EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Se autorizó y se realizó convenio con médico particular que practicó cirugía de implante coclear del oído izquierdo/**PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA EN MATERIA DE SALUD**-Continuidad del servicio de salud por Colmédica para próxima cirugía de implante coclear autorizado por médico particular

El comportamiento de Colmédica Medicina Prepagada, crea en el accionante el convencimiento de que su proceder en el sentido de acudir al médico particular y no requerir el servicio de los galenos adscritos a dicha entidad ha sido convalidada por ésta y, por tanto, se adecua a las cláusulas de la relación contractual, de tal manera que el demandante, amparado por los principios de confianza legítima y continuidad en el servicio, pretende recurrir para completar la cirugía de implante coclear del oído derecho al mismo médico particular con la expectativa legítima de que Colmédica

Medicina Prepagada asumirá los costos correspondientes. En esta medida, la Corte encuentra que, esa confianza generada por Colmédica Medicina Prepagada en cabeza de actor no puede ser defraudada sin que se vulneren los derechos fundamentales del accionante, en particular, el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud. En tal medida, es procedente declarar el amparo tutelar en lo que guarda relación con el procedimiento quirúrgico y los procedimientos de conexión y programación de la prótesis y de rehabilitación, para que tales servicios sean prestados por el médico tratante del actor, en el mismo lugar donde le fue practicada la primera cirugía, por cuenta de Colmédica Medicina Prepagada, de acuerdo con los costos que los mismos demanden para el momento en que cada uno se lleve a cabo. Los servicios cuya prestación se impone a Colmédica se encuentran dentro de la cobertura del contrato de medicina prepagada, por lo que la orden que se impartirá en este fallo, en el sentido de que la entidad accionada asuma, con cargo a sus propios recursos, los servicios médicos prestados respecto del implante coclear del oído derecho del actor, no comporta un desbordamiento de la responsabilidad que en virtud del contrato debe asumir la demandada. En realidad, se trata simplemente de trasladar la carga en la prestación del servicio a un médico que, aun cuando no se encuentra adscrito formalmente a la entidad, para el caso del servicio reclamado por el actor, el mismo ya ha sido avalado por Colmédica Medicina Prepagada y su labor previamente consentida.

Referencia: expediente T-1257862

Accionante: Pedro Felipe Arciniegas Rueda

Demandado: Colmédica EPS y Colmédica Medicina Prepagada.

Magistrado Ponente:
Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil seis (2006)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Pedro Felipe Arciniegas Rueda contra Colmédica E.P.S.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 26 de abril de 2005, Pedro Felipe Arciniegas Rueda presentó acción de tutela contra Colmédica EPS y Colmédica Medicina Prepagada, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la integridad personal.

De las pruebas aportadas al proceso se desprende la siguiente situación fáctica:

El accionante sufre desde la edad de los dos (2) años de hipoacusia neurosensorial bilateral moderada, la cual le representa pérdida de capacidad auditiva en ambos oídos. Dicha enfermedad fue tratada mediante el uso de audífonos, que le ayudaron en su desarrollo personal e intelectual.

A partir del año 2004, a la edad de 17 años, el accionante sufrió un aumento de la pérdida en la capacidad auditiva, lo cual condujo a un nuevo diagnóstico médico que determinó que padecía de sordera profunda bilateral. Ante esta nueva realidad, su médico tratante determinó que el uso de audífonos era insuficiente para procurar el progreso de su salud y que se requería del implante coclear bilateral, debiendo iniciar con la cirugía en el oído izquierdo y posteriormente, tras observar los resultados, proseguir con la intervención en el oído derecho del actor.

El accionante se encuentra afiliado, en calidad de beneficiario, a Colmédica EPS desde el 28 de agosto de 1998 y a Colmédica Medicina Prepagada desde el 15 de septiembre de 1991 hasta la fecha.

Dada la orden médica en el sentido de practicar la cirugía de implante coclear bilateral descrita, el actor elevó solicitud a Colmédica EPS y Colmédica Medicina Prepagada, la cual fue resuelta desfavorablemente por cuanto el tratamiento solicitado no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud y la prótesis está expresamente excluida del contrato de medicina prepagada.

2. Fundamentos de la acción y pretensiones.

Sostiene el accionante, en primer lugar, que la acción que interpone es procedente por cuanto los derechos fundamentales invocados se encuentran vulnerados por parte de un particular encargado de prestar el servicio público

de salud.

Señala que la protección del derecho a la vida que solicita, se da dentro del marco del entendimiento que respecto de este derecho ha tenido la Corte Constitucional, esto es, bajo la concepción de que el derecho a la vida no se circunscribe exclusivamente a la existencia humana, sino que es comprensiva de un desarrollo existencial en condiciones dignas.

Respecto del caso concreto, sostiene con base en jurisprudencia constitucional que *"[e]l derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que tiene la aptitud para escuchar y puede utilizar un lenguaje adecuado, si se le suministra un aparato que se lo permita, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide el goce de garantías con rango constitucional"*.

Ahora bien, respecto del derecho a la salud, aclara que si bien puede ser considerado como un derecho de segunda generación y de naturaleza asistencial, la Corte ha sostenido que procede su protección como derecho fundamental siempre que esté de por medio la vida del accionante.

Seguidamente arguye que reúne los requisitos fijados jurisprudencialmente para la procedencia de la protección de los derechos invocados. En este sentido, determina que si no se practica la cirugía que requiere, se pone en riesgo su vida en condiciones dignas y su integridad personal; igualmente señala que carece de los recursos económicos necesarios para sufragar la operación aludida.

Finalmente sostiene el accionante que existe jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha ordenado a las E.P.S. realizar la cirugía de implante coclear, protegiendo los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social que adquieren el carácter de fundamentales cuando se predicen respecto de los niños.

Con base en el fundamento expuesto, el actor deprecia el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, solicita que se ordene la inmediata atención médica por parte de la accionada en el sentido de realizar la cirugía de implante coclear en el oído izquierdo del actor, incluyendo los gastos de hospitalización, medicamentos y recuperación.

3. Oposición a la demanda de tutela

Colmédica E.P.S., mediante representante legal, dio contestación a la demanda de tutela aclarando, en primer lugar, que como consecuencia de la afiliación del actor en calidad de beneficiario a dicha entidad, y dentro de las coberturas y limitaciones contenidas en el Plan Obligatorio de Salud, se ha garantizado al accionante la prestación de los servicios médicos requeridos y

ordenados por los médicos tratantes.

Afirma que, respecto del implante coclear en el oído izquierdo solicitado por el actor, no es posible autorizarlo dado que se trata de un tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud.

Acto seguido, el demandado cita la normatividad en la que sustenta la negativa en la autorización del implante requerido por el actor, señalando que de acuerdo al artículo 162 de la ley 100 de 1993, los afiliados del régimen contributivo de salud tienen derecho al acceso a un Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo a lo definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Señala que el literal 'o' del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, por medio de la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan, excluye de la cobertura del POS las *"actividades, intervenciones y procedimientos, no autorizados expresamente en el respectivo manual"*. Así, de acuerdo al artículo 12 de la misma Resolución, sostiene que *"las Entidades Promotoras de Salud sólo se encuentran obligadas a suministrar a sus afiliados del POS los elementos (órtesis y/o prótesis) descritos [en el Plan]"*.

Aduce, en igual sentido, que de acuerdo al artículo 28 de la misma norma, cuando el afiliado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente.

Concluye, de la revisión normativa, que el implante coclear requerido por el accionante no se encuentra expresamente consagrado dentro de las coberturas del citado manual, el cual es de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades prestadoras de salud.

Fundamenta la negativa asumida en la normatividad citada y en jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha sostenido que aquello no cubierto por el POS, debe ser asumido directamente por el usuario o afiliado; no obstante, si la persona acredita debidamente su incapacidad económica, deberá ser atendido por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato.

Finalmente solicita al juez constitucional que, en caso de considerar procedente que dicha entidad suministre al accionado el implante coclear en el oído izquierdo, reconozca, de igual forma, dentro de la parte resolutive el derecho de repetir contra la Nación, Ministerio de Protección Social, Fondo de Solidaridad y Garantía, por dichos gastos.

Solicita, por tanto, que se declare que la EPS no ha vulnerado ningún derecho fundamental, dado que se ha limitado a dar aplicación cabal de las normas. Adicionalmente pide que, en caso de que el actor pruebe su incapacidad

económica, se ordene a la Secretaría de Salud Distrital prestar el servicio solicitado a través de las IPS públicas o privadas con las que tenga contrato.

El siete (7) de febrero de 2006, la entidad accionada allegó escrito a esta Corporación, comunicando que el implante coclear del oído izquierdo ya había sido practicado al accionante.

4. Pruebas que obran en el expediente

El accionante aporta los siguientes documentos:

- a. Fotocopia del carné de afiliación de Pedro Felipe Arciniegas Rueda a Colmédica (Folio 9)
- b. Fotocopia del registro civil de nacimiento de Pedro Felipe Arciniegas Rueda. (Folio 10)
- c. Fotocopia del Contrato de Afiliación a Colmédica EPS de Juan Arciniegas, en el que consta que Pedro Felipe Arciniegas Rueda es beneficiario del mismo. (Folio 11)
- d. Resumen de la Historia Clínica de Pedro Arciniegas (Folios 12 a 14).
- e. Certificación expedida por el Doctor José Rivas del Centro Médico Otológico, profesional adscrito a Colmédica EPS, en la cual se recomienda como tratamiento más indicado para tratar la sordera profunda bilateral mayor izquierda del accionante, la cirugía de implante coclear en el oído izquierdo. (Folio 15)
- f. Cotización del costo de la cirugía de implante coclear. (Folio 16)
- g. Copia de los formatos de negación de solicitud del servicio, fundamentada, por parte del POS, en el hecho de tratarse de un complemento terapéutico no incluido; y, por parte de la medicina prepagada en que la recomendación de la cirugía fue realizada por un médico no adscrito al plan. (Folios 17 a 18)
- h. Escrito elaborado por el accionante, en el que ratifica la necesidad de la cirugía para su pleno desenvolvimiento en sociedad. (Folio 19)
- i. Fotocopia de la Tarjeta de Identidad de Pedro Felipe Arciniegas Rueda. (Folio 20)

II. DECISIÓN ÚNICA DE INSTANCIA

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, mediante Sentencia proferida el doce (12) de mayo de 2005, resolvió la acción de tutela instaurada por Pedro Felipe Arciniegas Rueda contra Colmédica EPS, denegando las pretensiones de la parte actora por las siguientes consideraciones:

Establece el juez de conocimiento que Colmédica EPS no tiene obligación de cubrir el costo del procedimiento del implante coclear del oído izquierdo del accionante, por cuanto las normas propias del Sistema de Seguridad Social en Salud, establecen exclusiones de tratamientos y medicamentos dentro del Plan Obligatorio de Salud. Por tanto, dado que el accionado prestó la atención

médica correspondiente, a través de especialistas, ha cumplido con sus obligaciones en materia del derecho de salud y en tal medida no existe vulneración alguna.

Señala, igualmente, que en el caso concreto no se ha probado la existencia de tratamientos alternativos con otros audífonos convencionales, por lo que no puede afirmarse que existe vulneración del derecho a la salud sin agotar previamente este requisito.

Adicionalmente sostiene que en el caso concreto se presume la capacidad económica del accionante, basado, de un lado, en jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se ha sostenido que *"por el solo hecho de pertenecer al régimen contributivo se presume la capacidad de pago"* y, de otro, en el hecho de que la base de cotización del padre del accionante supera ampliamente los diez salarios mínimos; razones que llevan a la necesidad de desvirtuar las presunciones, surgiendo el deber, en cabeza del accionante, de demostrar la falta de capacidad económica, cuestión que no sucedió en la demanda de tutela.

Señala, en relación con el pago que debe realizar el accionante, habida cuenta que el tratamiento no se encuentra cubierto por el POS, que no existe vulneración al derecho a la igualdad, por cuanto el monto del copago que deba cancelar el accionante se determina con base en tablas que aplican el mismo rigor para los afiliados con similar capacidad económica, determinada en rangos de montos de cotización.

Finalmente, el juez de conocimiento sostiene que al actor le es dable asistir al Comité Técnico Científico de la EPS y agotar los dispositivos auditivos cubiertos por el POS e, igualmente, acudir a la Secretaría Distrital de Salud para obtener la cobertura subsidiada si demuestra la incapacidad de pago.

Por los argumentos expuestos, el juez de instancia resolvió no tutelar los derechos fundamentales incoados por el accionante, por no hallar vulneración de derecho fundamental alguno.

Ninguna de las partes impugnó esta decisión.

III. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante Auto del cinco (5) de mayo de 2006, el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes y mejor proveer en el presente caso y, en consecuencia, resolvió oficiar al accionante Pedro Felipe Arciniegas Rueda para que indicara a la Sala de Decisión de la Corte Constitucional su ocupación actual, la conformación de su núcleo familiar, de quién depende económicamente, la situación económica

de sus padres y la información relevante con relación a la evolución y tratamiento de la enfermedad de sordera bilateral profunda que padece.

Igualmente se ofició a Colmédica EPS. y Colmédica Medicina Prepagada para que informaran si el médico que prescribió la cirugía de implante coclear al accionante era adscrito a ellas, cuál es el costo de la cirugía de implante coclear, si el accionante ha hecho uso de los servicios de salud a través de estas entidades y cuáles son las razones jurídicas de la negativa en la prestación de los servicios requeridos.

Se ofició también al Doctor José A. Rivas para que informara si la sordera bilateral profunda que padece el accionante es congénita, si se ha prescrito la cirugía de implante coclear en el oído derecho y si se encuentra adscrito a Colmédica EPS. o Colmédica Medicina Prepagada.

Finalmente se ofició al Ministerio de Protección Social para que informara a la Sala si la prótesis de implante coclear y la respectiva intervención quirúrgica se encuentran incluidas dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.

El 11 de mayo del presente año, el accionante allegó a esta Corporación respuesta a los planteamientos formulados en los siguientes términos:

- i) Se encuentra cursando grado 11 en el Colegio Agustín Nieto Caballero.
- ii) Sus padres están divorciados y él convive con su madre y su hermano.
- iii) Depende económicamente de su madre. Su padre le paga el colegio y el seguro de salud y proporciona una cuota mensual de dos millones y medio para los gastos propios y de su hermano.
- iv) Respecto de su enfermedad, señala que nació con sordera bilateral severa que se fue agravando con los años hasta llegar al punto de no escuchar nada en el oído izquierdo, respecto del cual ya se efectuó la cirugía. En la actualidad no escucha nada por el oído derecho.
- v) Señala que la operación del oído izquierdo tuvo un valor de cincuenta millones de pesos (\$50'000.000), los cuales fueron sufragados así: 50% por su padre y 50% por Colmédica Medicina Prepagada, sin que esta última estuviera obligada y bajo la advertencia de que ello no ocurriría para la cirugía del oído derecho.
- vi) Presenta certificado de ingresos de su madre por valor de nueve millones de pesos (\$9'000.000) mensuales y declaración de renta del año 2005, en la que los ingresos anuales ascendieron a la suma de treinta y seis millones novecientos veintiséis mil pesos (\$36'926.000).
- vii) Anexa comunicación del Centro Médico Otológico José A. Rivas en la que se recomienda el implante coclear en los dos oídos, como única forma de que el paciente mejore su calidad de vida.
- viii) Anexa cotización de la cirugía de implante coclear en el oído derecho por valor de sesenta millones quinientos mil pesos (\$60'500.000).

El 15 de mayo de 2006, Colmédica EPS – Colmédica Medicina Prepagada dio contestación a las preguntas formuladas, de la siguiente manera:

- i) El procedimiento de implante coclear del oído izquierdo, practicado por el Doctor José A. Rivas, fue autorizado en una parte por Colmédica Medicina Prepagada, como quiera que el procedimiento quirúrgico se encuentra cubierto por el contrato de medicina prepagada.
- ii) Ni el Doctor José A. Rivas ni la Clínica José A. Rivas hacen parte de la red de prestadores de Colmédica Medicina Prepagada ni de Colmédica EPS, no obstante lo cual, se suscribió un convenio para el caso particular entre Colmédica Medicina Prepagada y el galeno referido.
- iii) El valor del procedimiento aplicado en el oído izquierdo del accionante fue de cincuenta millones de pesos (\$50'000.000) de los cuales Colmédica Medicina Prepagada asumió el procedimiento por un costo de veinticinco millones de pesos (\$25'000.000) y gastos de clínica por valor de siete millones de pesos (\$7'000.000), para un total de treinta y dos millones de pesos (\$32'000.000).

El 15 de mayo del año en curso, el Doctor José A. Rivas respondió a la solicitud de la Corte en los siguientes términos:

- i) La sordera bilateral profunda que padece el accionante Pedro Felipe Arciniegas Rueda no es congénita porque se inició a los dos años de edad.
- ii) En el año 2005 se decidió que era necesario el implante coclear bilateral, por lo que se inició con el del oído izquierdo, para posteriormente y, de acuerdo con los resultados, implantar el del oído derecho.
- iii) Ni él ni la clínica José A. Rivas, ni el Centro Médico Otológico se encuentran adscritos a Colmédica EPS ni a Colmédica Medicina Prepagada.

El 10 de mayo de 2006, el Ministerio de la Protección Social dio contestación a lo requerido por esta Corporación, manifestando que la cirugía y el implante coclear se encuentran excluidos de la cobertura del POS.

El 17 de julio de 2006, el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar nuevas pruebas, por lo que ofició a Colmédica Medicina Prepagada para que manifestara a qué título sufragó los treinta y dos millones de pesos (\$32'000.000) y para que señalara a qué concepto corresponden.

El 25 de julio del presente año, Colmédica Medicina Prepagada dio contestación a lo requerido, manifestando que la suma de siete millones quinientos mil pesos (\$7'500.000) se sufragó por concepto del procedimiento quirúrgico para la implantación del dispositivo requerido –el cual se encuentra dentro de la cobertura del contrato de medicina prepagada- y que los restantes veinticuatro millones quinientos mil pesos (\$24'500.000) fueron imputados al costo del complemento terapéutico, cuya cobertura se encuentra excluida del

contrato de medicina prepagada pero que fue asumida “*como reconocimiento a la fidelidad demostrada por el contratante, Juan Arciniegas Franco, padre del menor, desde el inicio de la relación contractual el pasado 15 de septiembre de 1991 hasta la fecha, así como por la baja siniestralidad que ha tenido su contrato durante la vigencia*”.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

Compete a esta Corporación determinar si la negativa en la realización de la cirugía de implante coclear bilateral y del suministro de las correspondientes prótesis por parte de Colmédica EPS y Colmédica Medicina Prepagada vulnera los derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la integridad personal del accionante.

3. Protección por Vía de Tutela de los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, a la vez que un derecho irrenunciable de todas las personas, que comporta diferentes dimensiones, dentro de las que se encuentra la atención en salud, que constituye un derecho inherente a los individuos y que, para efectos de su efectiva prestación, se erige en un servicio público que debe ser proveído por el Estado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad¹.

Los derechos a la seguridad social y a la salud, según lo ha reiterado esta Corporación, son derechos prestacionales o asistenciales que requieren para su efectivo cumplimiento de desarrollo legal y de la provisión de la estructura y los recursos adecuados para tal fin². De igual forma, se ha dicho respecto de estos derechos que, dada su naturaleza programática y de desarrollo progresivo, no se trata de derechos que *per se* gocen de naturaleza fundamental³.

¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

² Corte Constitucional, Sentencia T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Ver, entre otras, Sentencias T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-171 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-494 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En materia de derechos prestacionales, como es el caso de la seguridad social y la salud, se concreta el carácter social que le es propio a nuestro Estado de Derecho, por lo que éste debe desplegar una actividad de garantía y promoción que propugne por la materialización de estos derechos, actuación que no sólo tiene como fin la protección de la persona humana sino que trasciende tal cometido para buscar su desarrollo y bienestar⁴.

La calidad de Estado promotor y garantista que se desprende del nuevo modelo constitucional, debe ser interpretado, en materia del derecho prestacional a la seguridad social en salud, en concordancia con el principio de la autonomía de la voluntad y de la capacidad del individuo para proveerse las condiciones para la satisfacción de sus necesidades, de tal suerte que, de una parte el Estado debe garantizar, en materia de salud, los mecanismos de acceso tanto al trabajo como al sistema de seguridad social, y de otra, las personas deben desplegar las actividades necesarias para derivar de su trabajo los frutos indispensables para proveerse su propio sustento y la atención de sus necesidades básicas. En este orden de ideas, el rol tuitivo del Estado, si bien le es inherente en todas las actividades que realiza, sólo adquiere dimensiones relevantes en casos concretos de amparo del derecho a la salud, cuando la persona, aún apelando a los mecanismos ordinarios de promoción que brinda el Estado, no cuenta con los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades mínimas vitales.

De otra parte, esta Corporación ha sostenido que los sistemas de seguridad social se fundan en el trabajo, de lo cual se desprende como consecuencia que *“nadie puede albergar una pretensión de que la sociedad o el Estado se hagan cargo de sus necesidades vitales si tiene la capacidad y la posibilidad efectiva de trabajar”*⁵. Esto implica que, en materia de derechos de naturaleza asistencial, es la persona la primera llamada a satisfacer sus necesidades vitales, por lo que, *prima facie*, sólo le asiste el derecho de reclamar del Estado la garantía del derecho al trabajo para poder auto-proveerse. Ahora bien, si el particular carece de los medios para satisfacer sus necesidades vitales, surge la responsabilidad subsidiaria del Estado para restablecer el equilibrio social mediante la provisión de bienes jurídicos concretos, necesarios para la efectiva realización de los derechos de las personas⁶.

En este sentido ha afirmado esta Corporación:

“En la medida en que, como se ha señalado, el sistema tiene su base en el trabajo y en la contribución de todas las personas, particularmente en materia de pensiones, el mismo tiene un

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-125 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

carácter subsidiario, lo cual quiere decir que es la persona, en primer lugar, la llamada a hacerse cargo de la atención de sus necesidades vitales y solamente cuando esa persona no puede responder por sí misma, opera alguno de los mecanismos propios de la seguridad social. En la base de esta concepción está el respeto por la autonomía de la persona, lo cual implica que, en principio, cada individuo es responsable de su propio destino, y que, en materia de derechos de prestación, sólo de manera subsidiaria resultan obligados la sociedad y el Estado”⁷. (Subraya fuera de texto).

Precisado el alcance que la Corte ha señalado respecto de los derechos prestacionales, es pertinente dar cuenta de lo que esta misma Corporación ha expuesto en relación con la naturaleza fundamental que le puede ser impresa a los derechos de segunda generación.

Así, como fue expuesto anteriormente, los derechos prestacionales y asistenciales no gozan de condición fundamental *per se*, razón por la que *prima facie* no son susceptibles de amparo por parte de los jueces constitucionales, a través de la acción de tutela. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que a la seguridad social, a la salud y, en general, a los derechos prestacionales les puede ser reconocida la naturaleza de derecho fundamental, entre otras, por dos vías, a saber: i) La transmutación del derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales⁸ y ii) La conexidad con otros derechos que sí tienen naturaleza fundamental, de tal manera que la protección del derecho prestacional deviene necesaria porque, de lo contrario, se afectaría un derecho de dicha naturaleza.

En relación con la transmutación del derecho prestacional en derecho subjetivo, esta Corporación ha sostenido que, en principio, tales derechos no comportan una pretensión de carácter subjetivo. No obstante, en la medida en que estos derechos de concreción progresiva y programática sean objeto de desarrollo legal o reglamentario que cree las condiciones que le permitan a las personas exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada, se produce la transmutación en un derecho subjetivo, susceptible por tanto del amparo constitucional. Así lo ha señalado esta Corte:

“Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los

⁷ *Ibíd.*

⁸ Sobre la transmutación del derecho prestacional en derecho subjetivo exigible por vía de tutela, ver entre otras, Sentencias SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.⁹¹⁰

Por su parte, en relación con la naturaleza fundamental que le puede ser reconocida a los derechos prestacionales, concretamente al derecho a la salud, por su íntima relación con un derecho que sí goza *per se* de estirpe fundamental, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

“La prestación de los servicios de salud como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal”¹¹.

De esta forma, dado el carácter fundamental que puede ser predicado del derecho a la salud, bien por que se presenta el fenómeno de la transmutación en derecho subjetivo, ora por su estrecha conexión con derechos que sí tienen esa naturaleza como la vida, la integridad personal, la dignidad humana y el trabajo, entre otros, la Corte Constitucional ha avalado la procedencia de la acción de tutela para su protección.

4. Requisitos Para la Inaplicación de las Exclusiones del Plan Obligatorio de Salud

Como ya se anotó, los derechos sociales tienen un carácter prestacional y progresivo que requieren para su efectiva materialización de desarrollo legislativo. De tal forma, en materia del derecho a la Seguridad Social, el Congreso, en aplicación de las amplias facultades de configuración legal que

⁹Al respecto pueden consultarse las sentencias T-108 de 1993, T-207 de 1995 y T-042 de 1996.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹ Sentencia C-177 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

le asisten en esta materia¹², expidió la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, que a la luz de los principios de eficiencia, progresividad, universalidad y solidaridad, entre otros, pretende proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el propósito de lograr el bienestar individual y la integridad de la comunidad¹³.

Con base en la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 806 de 1998, reglamentó el servicio público esencial de seguridad social en salud, definiendo, entre otras cosas, los planes de beneficios a los que pueden acceder las personas con el propósito de recuperar o mantener su salud. Así, de conformidad con el artículo 3° de dicho Decreto, se establecen el Plan de Atención Básica en Salud, el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, la Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos, y la Atención inicial de urgencias.

Según prescribe el artículo 7° del mencionado Decreto, el plan obligatorio de salud se define como *“el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS, y entidades adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el sistema general de seguridad social en salud. (...)”*.

De acuerdo con lo expuesto en acápite anterior, los derechos sociales pueden ser objeto de transmutación en derechos subjetivos, como consecuencia de su desarrollo legal y reglamentario del cual surgen derechos concretos en cabeza de los particulares, que pueden ser reclamados al Estado. Tal es el caso del derecho a la salud, en lo que tiene que ver con los derechos reconocidos en el Plan Obligatorio de Salud.

La Corte Constitucional ha señalado que la prestación de los servicios médicos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, es un derecho fundamental de carácter autónomo y, en tal medida, es susceptible de protección constitucional por vía de la acción de tutela en forma directa, lo que implica que no se requiere establecer su conexidad con otros derechos fundamentales. Sobre el particular dijo la Corte en la Sentencia T-859 de 2003:

¹² Respecto de esta materia ver, entre otras, Sentencias C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-791 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

“Al adoptarse internamente un sistema de salud –no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003.

Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado – Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos¹⁴”¹⁵.

De otra parte, se tiene que el artículo 10 del Decreto 806 de 1998 consagra la posibilidad de que el Plan Obligatorio de Salud tenga exclusiones y limitaciones, establecidas como consecuencia de la limitación de recursos del sistema y por virtud del carácter programático y de desarrollo progresivo de los derechos prestacionales, las cuales se implementan sin desconocer los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia contenidos en la Carta Política. Este Decreto radica en cabeza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la competencia de definir tales exclusiones y limitaciones que, en general, son todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos que *“no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”*.

Como consecuencia de las normas citadas y en concordancia con lo dispuesto por el artículo 28 *ejusdem*, si una persona requiere de tratamientos o medicamentos no contemplados dentro de la cobertura del POS, deberá sufragar su costo con recursos propios.

¹⁴ Ver sentencia SU-819 de 1999.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Esta consideración normativa obedece al criterio que la Corte Constitucional ha destacado en su Jurisprudencia¹⁶, en el sentido de que, en materia de derechos sociales, es el individuo el primer llamado a proveerse lo necesario para suplir sus necesidades básicas y que, sólo frente a la imposibilidad de los agentes de concretar este mandato social, derivado de la obligatoriedad del trabajo, emana el deber del Estado de desplegar su actividad para procurarle a las personas ese mínimo en la satisfacción de sus necesidades.

Esta Corporación ha sostenido que el régimen de limitaciones y exclusiones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla. Armonizando esta consideración con el deber subsidiario del Estado en la provisión de lo pertinente para la satisfacción de las necesidades de los individuos, se hace manifiesta la conclusión de que los individuos son los primeros convocados a proveerse aquellos servicios médicos que se encuentran excluidos de la cobertura del POS y que, sólo en aquellos casos en que carezcan de recursos económicos suficientes para tal fin, procede la intervención del Estado para garantizar la efectiva concreción del derecho a la salud, proporcionando los servicios no cubiertos por el POS, con cargo a recursos públicos.

En este sentido, ha sido abundante la jurisprudencia de esta Corporación¹⁷, respecto de la procedencia del amparo tutelar para ordenar el suministro de medicamentos o la práctica de tratamientos excluidos de la cobertura del POS, como desarrollo del principio de la supremacía de la Constitución, consagrado en el artículo 4 Superior, en los eventos en que tal medicamento o tratamiento se encuentre por fuera de la cobertura del POS, sea indispensable para conservar la vida en condiciones dignas o la integridad física del afiliado al sistema de salud y éste carezca de recursos económicos suficientes para sufragar su costo. Así lo ha señalado esta Corte:

“En ese orden de ideas, y siguiendo los anteriores lineamientos jurisprudenciales, esta Corporación también tiene bien establecido que la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos¹⁸. Sin embargo, en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ Ver, entre otras, Sentencias T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, T-547 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-630 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁸ Ver, entre otras, las sentencias SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999.

exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas¹⁹. ”²⁰

La Jurisprudencia Constitucional ha establecido cuatro requisitos que deben concurrir para la procedencia del amparo constitucional en materia de tratamientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, cuales son:

“a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro. ”²¹

De esta forma, en esta materia, la labor del juez constitucional radica en la comprobación, a la luz de las particularidades fácticas de cada caso, del cumplimiento de cada uno de los requisitos expuestos, al término de la cual, si encuentra que se satisfacen, deberá emitir una orden de amparo en procura de la restitución del goce efectivo del derecho fundamental vulnerado,

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-114/97; T-640/97 y T-784/98.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-883 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Treviño.

²¹ *Ibíd.*

consistente en el suministro del medicamento o la práctica del procedimiento correspondiente.

5. Medicina Prepagada

Como fue expuesto anteriormente, la Seguridad Social consagrada constitucionalmente en el artículo 48, ha sido objeto de desarrollo legal, mediante la Ley 100 de 1993. Esta norma señala que en materia de salud existen dos regímenes, cuales son el contributivo y el subsidiado. Al primero de ellos pertenecen las personas que se vinculan mediante el pago de una cotización y como consecuencia de su afiliación, adquieren el derecho de gozar de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. Complementariamente, los afiliados al régimen contributivo pueden optar por la afiliación a planes adicionales con el fin de ampliar la cobertura en servicios de salud.

Así, de acuerdo con el Régimen General de Seguridad Social, las personas pueden acceder a planes adicionales de salud²², dentro de los cuales se encuentran los Planes de Medicina Prepagada que comportan una relación de naturaleza contractual regida básicamente por el derecho privado pero, no por ello, totalmente ajena a la regulación propia del derecho público, dada su relación estrecha con derechos fundamentales de las personas²³.

La Jurisprudencia Constitucional ha establecido que si bien es cierto las relaciones que se derivan de un contrato de medicina prepagada hacen parte de la órbita del derecho privado, y por lo tanto escaparían del resorte de la competencia de los jueces constitucionales, la acción de tutela procede, excepcionalmente, contra las empresas de medicina prepagada en atención a las siguientes consideraciones²⁴:

i) De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación del servicio público de salud;

ii) Los afiliados a planes adicionales de salud se encuentran en estado de indefensión frente a las empresas de medicina prepagada, por cuanto, de una parte, la relación jurídica que se establece entre la empresa y el individuo se basa en un contrato de adhesión y, de otra, dichas entidades tienen bajo su

²² Artículo 18 del Decreto 806 de 1998: “**ARTICULO 18. DEFINICION DE PLANES ADICIONALES DE SALUD, PAS.** Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

El usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan”.

²³ Cfr. Sentencia T-186 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁴ Cfr. Sentencia T-731 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

control el manejo de todos los instrumentos que inciden en el acceso efectivo a los servicios médicos, de manera que representan la parte fuerte de la relación contractual, mientras los afiliados constituyen la parte débil por el apremio que poseen frente a la prestación del servicio²⁵;

iii) Si bien es cierto, para la resolución de controversias contractuales existen mecanismos ante la jurisdicción ordinaria, éstos no resultan lo suficientemente idóneos cuando se trata de la protección de derechos fundamentales como la vida y la dignidad de las personas²⁶. En efecto, se tiene que las acciones ordinarias, además de ser inútiles y tardías frente a la necesidad apremiante de los afectados de recibir atención médica, se dirigen prioritariamente a la recuperación económica del servicio, por lo que las personas que requieren de un servicio concreto de salud, no cuentan con otro mecanismo diferente a la acción de tutela para lograr el amparo de pretensiones de esta índole.²⁷

De otra parte, la Corte Constitucional ha destacado que la medicina prepagada se funda en dos supuestos fundamentales: (1) El ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada dentro del marco constitucional y legal; y (2) la prestación del servicio público de salud²⁸, lo cual exige la intervención, vigilancia y control del Estado, a través de la Superintendencia Nacional de Salud, para precisar sus fines, alcances y límites²⁹.

Finalmente es pertinente recordar que la Jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de medicina prepagada se rigen por el principio de buena fe, del cual se sigue que las partes deben estarse, para su cumplimiento y ejecución a lo convenido previamente en desarrollo de la autonomía de la voluntad y su responsabilidad no puede extenderse más allá de lo dispuesto por las cláusulas contractuales. Ahora bien, dado que el servicio público de salud comporta derechos constitucionales, la interpretación de este principio cambia en lo que hace referencia al régimen de exclusiones, habida cuenta que la concepción del contrato de medicina prepagada radica en que su celebración se hace para la cobertura integral de servicios de salud, por lo que única y exclusivamente se entienden excluidos del contrato los padecimientos del usuario que previa, clara y taxativamente se hayan señalado

²⁵ Cfr. Sentencia T-822 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁶ Cfr. Sentencia T-307 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁷ Cfr. Sentencia T-533 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁸ Sentencia C-274 de 1996.

²⁹ En Sentencia C-377 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía) se precisó lo siguiente, respecto de la intervención del Estado: *“En síntesis, la intervención estatal sobre la medicina prepagada tiene un fundamento constitucional múltiple: uno general, que es la intervención del Estado en la economía (CP art. 334) y otros tres mucho más específicos: de un lado, ella es la expresión de la inspección y vigilancia de una profesión de riesgo social; de otro lado, por tratarse del servicio público de atención de la salud, el Estado mantiene la regulación, el control y la vigilancia de esta actividad (CP art. 49 y 365) y, finalmente, por la particular naturaleza de las medicinas prepagadas, puesto que en ellas se manejan recursos captados del público, estamos en presencia de una actividad de interés público sometida a la especial intervención del Gobierno (CP arts. 150 ord 19 literal d), 189 ords 24 y 25, y 335).”*

en las cláusulas del mismo³⁰, sin que sea válido que con posterioridad la entidad pueda ampliar, unilateralmente, el catálogo de exclusiones.

En el marco de la relación contractual, la entidad se obliga únicamente a lo expresamente señalado en el contrato, con la salvedad referida en materia de preexistencias. De tal forma, la extensión de la cobertura y la necesidad de que el médico sea adscrito a la entidad de medicina prepagada dependerá de los estrictos términos en que se pacta el contrato de prestación de servicios de salud, por lo que *prima facie* la Jurisprudencia no puede establecer reglas generales en esta materia, sino que tendrá que analizar en cada caso concreto, a la luz de los principios constitucionales y con respeto de los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad económica, las cláusulas que rigen la relación contractual.

En este orden de ideas, en la relación existente entre la entidad de medicina prepagada y el usuario rigen los principios del derecho privado, cuya interpretación puede ser atenuada por el juez constitucional cuando comprometan derechos fundamentales de los afiliados.

6. Caso Concreto

De acuerdo con los hechos relacionados por las partes y las pruebas que obran en el expediente se tiene que el accionante, Pedro Felipe Arciniegas Rueda, de conformidad con lo expresado por su médico tratante, padece de sordera bilateral severa desde los dos años de edad, época a partir de la cual ha recibido el tratamiento médico requerido. A pesar de que, para mejorar su desarrollo integral, ha venido usando audífonos, en los últimos años su sordera se hizo más profunda por lo que el uso de éstos resultó ineficaz, de tal suerte que su médico tratante recomendó la cirugía de implante coclear en ambos oídos, iniciando con la del oído izquierdo y, tras ver los resultados, completando el tratamiento con la intervención en el oído derecho.

Pedro Felipe Arciniegas Rueda se encuentra afiliado, en calidad de beneficiario, a Colmédica EPS desde el 28 de agosto de 1998 y a Colmédica Medicina Prepagada desde el 15 de septiembre de 1991 hasta la fecha.

La pretensión del accionante en la presente tutela, se circunscribe a solicitar a Colmédica que cubra el valor de la cirugía y del implante bilateral por cuanto, según expresó, carecía de la capacidad económica para cubrir dicho rubro. No obstante, Colmédica EPS señaló que no le era posible suministrar ni el implante, ni el tratamiento porque estos conceptos se encontraban excluidos del POS, mientras que Colmédica Medicina Prepagada manifestó que la prótesis de implante coclear se encontraba por fuera del contrato de medicina prepagada por cuanto éste consagra una cláusula general de exclusión de muletas, aparatos ortopédicos y prótesis.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-699 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-822 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

El doctor José A. Rivas ha sido el médico tratante del accionante y le ha prestado los servicios de salud requeridos en la Clínica José A. Rivas y en el Centro Médico Otológico José A. Rivas, sin que ni él ni ninguna de las dos entidades de salud se encuentren adscritas a Colmédica EPS ni a Colmédica Medicina Prepagada.

Cabe señalar que, de acuerdo con lo referido por el médico tratante del actor, el procedimiento integral de implante coclear comprende, de una parte las etapas de evaluación, de cirugía, de conexión y de rehabilitación y, de otra, la prótesis de implante coclear propiamente, que consiste en un dispositivo que debe adaptarse en el oído interno del paciente estimulando directamente el nervio auditivo, permitiendo por tanto a las personas sordas, percibir el sonido.

Con base en los hechos señalados, Pedro Felipe Arciniegas Rueda instauró acción de tutela contra Colmédica EPS, no obstante lo cual, esta Corporación entiende que la demanda se extiende igualmente contra Colmédica Medicina Prepagada, por cuanto los hechos y las pretensiones también guardan relación con esta última entidad. La Corte advierte que el derecho de defensa de Colmédica Medicina Prepagada fue protegido durante toda la actuación procesal, prueba de lo cual son las intervenciones que esta entidad hizo dentro del trámite de la acción de tutela mediante apoderado que actúa en su calidad de representante legal de Colmédica EPS y Colmédica Medicina Prepagada, en las cuales se pronunció respecto de las pretensiones del accionante y esgrimió los argumentos jurídicos que sustentaron su proceder frente a los hechos en el caso concreto.

En el proceso de tutela, Colmédica EPS contestó la demanda señalando que no había suministrado ni la prótesis de implante coclear ni el procedimiento quirúrgico por cuanto éstos se encontraban por fuera de la cobertura del POS; por su parte, Colmédica Medicina Prepagada manifestó que el implante coclear del oído izquierdo ya se había realizado y que, aunque no se encontraba obligada por las cláusulas del contrato, colaboró económicamente con la suma de treinta y dos millones de pesos (\$32'000.000), en reconocimiento de la fidelidad que el padre del accionante ha tenido con la entidad desde el año de 1991 y dada la baja siniestralidad presentada durante la vigencia del contrato de medicina prepagada. Para tal efecto, Colmédica avaló el procedimiento desarrollado por el médico tratante y celebró un convenio con éste para asumir el costo referido. Ahora bien, respecto del implante requerido en el oído derecho del accionante, Colmédica Medicina Prepagada se niega a suministrarlo por cuanto éste se encuentra por fuera del contrato de medicina prepagada, de acuerdo con la cláusula 4.13 que excluye expresamente del mismo el suministro de muletas, aparatos ortopédicos y prótesis.

La Corte Constitucional solicitó al Ministerio de la Protección Social que informara si la intervención quirúrgica de implante coclear y la prótesis del implante se encontraban dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, frente a lo cual el Ministerio respondió que estos dos servicios de salud se encontraban por fuera del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Así las cosas, es pertinente que esta Corporación se pronuncie respecto de la procedencia del amparo de tutela para ordenar el suministro del tratamiento integral requerido por el accionante, evaluando si en el caso concreto se materializan los presupuestos jurisprudenciales establecidos para tal fin. Cabe advertir, desde este momento, que el estudio se circunscribirá al implante coclear del oído derecho, por cuanto respecto del tratamiento análogo en el oído izquierdo ha operado el fenómeno jurídico del hecho superado, dado que dicha cirugía ya se realizó. Un pronunciamiento en relación con el implante coclear del oído derecho se hace indispensable por cuanto, de acuerdo a lo expresado por el médico tratante³¹, el implante unilateral no logra iguales avances médicos sobre la enfermedad, frente a los que se lograrían con el implante bilateral, el cual permite optimizar la entrada auditiva del actor, obteniendo la direccionalidad del sonido y mejorando, de tal suerte, su capacidad auditiva.

6.1. Implante Coclear: Vida Digna

Como fue expuesto en acápite anterior, esta Corporación ha establecido que el derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental cuando opera el fenómeno de la transmutación de derecho prestacional a derecho subjetivo o cuando éste se encuentra en conexidad con uno o más derechos de tal naturaleza, por ejemplo, con el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal, de tal suerte que si aquél no es protegido oportunamente, estos últimos pueden verse lesionados³².

En este sentido, la Corte ha precisado que el concepto de vida no se limita a la mera existencia biológica de las personas, sino que trasciende tal entendimiento para comprender que el derecho susceptible de protección constitucional es la vida en condiciones dignas, razón por la cual el amparo tutelar no se extiende únicamente a los casos en que se está frente a un peligro de muerte, sino incluso a aquellos eventos que pueden ser de menor gravedad pero que atentan directamente contra la calidad de vida de la persona³³, como es por ejemplo el caso que nos ocupa, en la medida en que la sordera bilateral profunda es una enfermedad que impide al individuo que la padece

³¹ Cuaderno 2, folio 53.

³² Sobre el particular, se pueden consultar entre otras las sentencias T-1048 de 2003, T-095 de 2004, T-082 de 2005 y T-121 de 2005.

³³ Al respecto, se pueden consultar entre otras las sentencias T-283 de 1999, T-860 de 1999, T-061 de 2003 y T-1048 de 2003.

comunicarse normalmente en sociedad y, por consiguiente, desarrollar una vida social integral.

Al respecto la Corte ha señalado lo siguiente:

“(...) No es la muerte la única circunstancia contraria al derecho constitucional fundamental a la vida, sino también todo aquello que la haga insoportable y hasta indeseable. El dolor o cualquier otro malestar que le impida al individuo desplegar todas las facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente en sociedad, ha dicho la Corte, aunque no traigan necesariamente su muerte, no solamente amenazan, sino que rompen efectivamente la garantía constitucional señalada, en tanto que hacen indigna su existencia. (...)”³⁴.

En el presente caso, el demandante es un discapacitado auditivo que requiere para su desarrollo personal y social integral del implante coclear bilateral. Así, como se ha referido, dado que la vida implica una existencia digna y no una mera existencia biológica, el accionante encuentra amenazados los derechos fundamentales invocados, como quiera que bajo la regulación aplicable, no es posible llevar a cabo el procedimiento de implante coclear por estar excluido de la cobertura del POS. Por tanto es pertinente entrar a analizar si en el caso concreto se reúnen los requisitos jurisprudencialmente trazados para la procedencia de la inaplicación de dicha normatividad. Respecto de este asunto, esta Corporación ha señalado:

“El derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que tiene la aptitud para escuchar y puede utilizar un lenguaje adecuado, si se le suministra un aparato que se lo permita, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide el goce de garantías con rango constitucional. Además, en relación con este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática, señalando que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana”

Así, el problema jurídico que debe resolver la Sala tiene que ver con la determinación de quién tiene la responsabilidad de asumir el costo del tratamiento de implante coclear, habida cuenta que éste se encuentra excluido del POS; esto es, dilucidar, con base en las reglas jurisprudenciales expuestas precedentemente, si el accionante debe asumir el costo del mismo o si se

³⁴ Corte constitucional, Sentencia T-178 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

reúnen las condiciones especialmente delineadas por esta Corporación para que sea el Estado -a través del Fosyga-, dado su papel subsidiario en materia de garantía de derechos sociales, quien, en el caso concreto, asuma el costo del tratamiento requerido.

6.2. No Están Dados los Presupuestos Para Inaplicación de Exclusiones de la Cobertura del POS

La Corte no encuentra reunidos los requisitos expuestos en acápite anterior, para que proceda el amparo tutelar y se ordene el suministro de la prótesis y la práctica del tratamiento por cuenta de la EPS y con cargo a los recursos del Fosyga. Esto es así, en la medida en que si bien es cierto que la ausencia de estos servicios médicos amenaza el derecho a la vida digna y la integridad física del paciente y que no existe dentro del POS otro tratamiento que pueda suplir efectivamente el requerido por el accionante, también es cierto que, de una parte, no se encuentra acreditado dentro del proceso que el accionante – quien depende económicamente de sus padres- carezca de los recursos suficientes para practicarse la intervención requerida y, de otra, que la prótesis y la intervención fueran prescritas por un médico adscrito a Colmédica EPS.

El accionante no acreditó la falta de capacidad económica para asumir el costo del procedimiento quirúrgico y de la prótesis de implante coclear, en la medida en que de las pruebas allegadas al proceso se tiene que el actor es un joven que depende económicamente de sus padres, de tal suerte que su manifestación de carecer de medios económicos para sufragar los servicios médicos requeridos no debe ser evaluada respecto de su patrimonio sino del de sus padres que se encuentran obligados a responder por él.

De esta forma, consta en el proceso que la madre del actor es una abogada y periodista³⁵ reconocida, que devenga un salario superior a diez millones de pesos (\$10'000.000) mensuales; de otra parte, su padre ostenta un cargo público bien remunerado³⁶, ya que se desempeña como notario 44 del Círculo de Bogotá. Adicional a esto, como señala la parte demandada, el ingreso base de cotización del accionante al sistema de salud supera los diez salarios mínimos, de lo cual puede colegirse que cuenta con capacidad económica para asumir el costo del tratamiento.

De otra parte, se desprende de las pruebas allegadas al proceso que el accionante está afiliado al régimen contributivo de salud en calidad de beneficiario de su padre y también es beneficiario de un plan complementario de medicina prepagada. No obstante, ha renunciado voluntariamente a los servicios médicos que de estas relaciones jurídicas se derivan, pues siempre ha acudido a un médico particular para el tratamiento de la enfermedad que padece, con cuenta a los recursos familiares.

³⁵ Cuaderno 2, folios 41-45.

³⁶ Cuaderno 2, folio 44.

De igual forma es pertinente acotar, que si bien el accionante puede entender que el amparo tutelar es procedente por cuanto previamente realizó el pago de los gastos relativos al implante coclear practicado en el oído izquierdo, de las pruebas aportadas al proceso se desprende que Colmédica Medicina Prepagada asumió el 64% del valor total del tratamiento, cuyo valor fue del orden de los cincuenta millones de pesos, incluyendo la prótesis de implante coclear, de lo cual se desprende que la práctica de la primera cirugía no ha representado un menoscabo profundo de los recursos económicos de la familia del accionante y por tanto, dado que no se ha desvirtuado la capacidad económica del mismo, la Corte entiende que puede destinar los recursos necesarios para que se practique la cirugía de implante coclear en el oído derecho.

Es por esto que la Corte concluye que el accionante no demostró la incapacidad económica y, consecuentemente, se torna improcedente el amparo tutelar en contra de Colmédica EPS por no estar reunidos los requisitos jurisprudenciales establecidos para tal fin.

Así las cosas, la acción de tutela instaurada por Pedro Felipe Arciniegas Rueda no está llamada a prosperar frente a Colmédica EPS.

6.3. Medicina Prepagada y Médico Tratante

Como quedó visto anteriormente, la acción de tutela procede contra las Entidades de Medicina Prepagada, entre otras razones, por cuanto se trata de particulares que prestan el servicio público de salud, que ostentan posición dominante en el contrato de prestación de servicios médicos.

Esta Corporación ha manifestado que si bien es cierto las relaciones derivadas del contrato de medicina prepagada se rigen por el derecho privado, es procedente la acción del juez constitucional cuando como consecuencia de una controversia suscitada dentro de tal contexto relacional se produce una vulneración a derechos fundamentales de los individuos. Es así como, en desarrollo de lo que se ha denominado la constitucionalización del derecho privado, es procedente la interpretación de la situación jurídica concreta a la luz de los valores Superiores consagrados en la Constitución Política. Así lo ha señalado esta Corporación:

“Teniendo en cuenta que el papel que cumplen los contratos de medicina prepagada para la realización del servicio público de salud debe entenderse en el marco de la constitucionalización del derecho privado, el análisis de las controversias contractuales correspondientes, tanto en la jurisdicción civil ordinaria como en la jurisdicción constitucional, deben tomar como referencia i) el contenido mínimo esencial del derecho a la salud y ii) las obligaciones constitucionales del Estado frente al derecho a la

salud, especialmente frente a los terceros que prestan los servicios de medicina prepagada. La Constitución, la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos debidamente ratificados por el Estado colombiano constituyen un referente para determinar dicho contenido y las mencionadas obligaciones”³⁷.

De esta forma, el análisis del caso concreto en el que la relación entre el accionante, Pedro Felipe Arciniegas Rueda y la demandada, Colmédica Medicina Prepagada, es de naturaleza contractual, debe hacerse a la luz de los principios constitucionales que irradian el derecho a la salud. Por tanto, procede la Sala a realizar un estudio de las cláusulas del contrato³⁸ de medicina prepagada suscrito con el accionante, para determinar hasta dónde se extiende la responsabilidad de Colmédica Medicina Prepagada y ordenar, en consecuencia, que cumpla con las obligaciones que del convenio emanan.

Inicialmente, no sobra recordar que lo solicitado por el actor es la cirugía y la prótesis de implante coclear en el oído derecho, procedimiento que, de acuerdo con la información suministrada por el médico tratante,³⁹ ascienden a un costo de sesenta millones quinientos mil pesos (\$60'500.000), discriminados así: i) Prótesis con sistema HiRes 90K – cuarenta y nueve millones de pesos (\$49'000.000); ii) Etapa Quirúrgica – siete millones quinientos mil pesos (\$7'500.000); iii) Etapa de conexión, programación y seguimiento – dos millones de pesos (\$2'000.000) y iv) Etapa de rehabilitación – dos millones de pesos (\$2'000.000).

De acuerdo con la cláusula tercera del contrato, relativa a las coberturas, se encuentran contemplados, entre otros servicios médicos, las cirugías programadas en todas las especialidades médicas (3.2.1.) y los servicios especiales de fisioterapia y rehabilitación (3.2.4.3).

Ahora bien, la cláusula cuarta establece las exclusiones del contrato, dentro de las que se encuentra en el numeral 4.13. el suministro de muletas, aparatos ortopédicos y prótesis, salvo que contrate el anexo correspondiente.

Por su parte, la cláusula séptima, sobre la prestación de los servicios médico asistenciales, establece en el numeral 7.2.: “**Personal Médico:** Los servicios médicos cubiertos por el presente contrato serán prestados en forma exclusiva por los médicos inscritos en SALUD COLMENA [hoy Colmédica]. Por tanto, ésta no cubrirá gasto alguno por los servicios y los tratamientos prescritos o realizados por médicos no inscritos”.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-699 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

³⁸ Ver Contrato de Medicina Prepagada en Cuaderno 2, Folios 59 a 61.

³⁹ Cuaderno 2, folios 47-48.

De las normas contractuales citadas se puede concluir que la prótesis de implante coclear no se encuentra cubierta por el contrato de medicina prepagada convenido entre las partes. Tampoco se desprende del acervo probatorio, que el accionante haya suscrito el anexo correspondiente para el suministro de prótesis, por lo que se concluye que no le asiste derecho alguno al demandante para reclamar de Colmédica Medicina Prepagada el suministro de la prótesis requerida.

No obstante, en virtud de lo expresado en el numeral 3.2.1. del contrato de medicina prepagada suscrito entre el actor y Colmédica Medicina Prepagada, es claro para esta Corporación que la entidad sí se encuentra obligada a cubrir el costo del procedimiento quirúrgico, de la etapa de conexión y de programación de la prótesis y del tratamiento de rehabilitación relativos al implante coclear. No obstante, surge un problema que el juez constitucional debe resolver, habida cuenta que la cláusula 7.2. referida, establece que Colmédica Medicina Prepagada sólo cubre los servicios médicos prestados por los médicos inscritos.

Frente a esta controversia contractual, aun cuando primigeniamente es el juez ordinario el llamado a dirimirla y determinar si Colmédica Medicina Prepagada debe o no cubrir los gastos de cirugía y rehabilitación, dado que se encuentra comprometido el derecho a la salud en conexidad con la vida digna y la integridad personal, y que su protección requiere de una pronta definición la cual no puede ser garantizada por la vía ordinaria, el juez constitucional adquiere competencia para revisar la materia y discernir si es procedente el amparo tutelar. Para tal efecto, como fue manifestado anteriormente, el juez debe analizar la controversia desde la perspectiva de la constitucionalización de las normas de derecho privado, por lo que es procedente en esta oportunidad un análisis de lo que la Jurisprudencia Constitucional ha señalado respecto del médico tratante.

En primer lugar, es pertinente precisar que *“[e]sta Corporación ha entendido por médico tratante el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente.”*⁴⁰ *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 realización de tratamiento determinado por el médico particular”*⁴¹.

En este sentido, se tiene como regla general, para la prosperidad de la acción de tutela, que el tratamiento o medicamento debe ser prescrito por el médico tratante, por lo que deviene inválida, para efectos de imputación de costos a la entidad demandada, la orden dada por un médico particular no vinculado a Colmédica Medicina Prepagada.

⁴⁰ Ver sentencia T-378/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-749 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sin embargo, frente a la observancia de tal exigencia, de manera excepcional, la Corte ha admitido la procedencia del amparo tutelar aun cuando el médico que prescribe el tratamiento o medicamento no se encuentra adscrito a la EPS o la entidad de Medicina Prepagada. Así, en Sentencia T-237 de 2003⁴², en desarrollo de los principios de confianza legítima y de continuidad en la prestación de los servicios médicos, la Corte ordenó a la EPS accionada suministrar el medicamento requerido por el accionante, no obstante que éste fue prescrito por un médico no vinculado a esta última.

En dicha providencia, la Corte dio aplicación al principio de confianza legítima toda vez que el accionante, tras agotar infructuosamente las prescripciones médicas de los galenos de la EPS demandada, acudió a un médico no adscrito a la EPS y ante la formulación de un medicamento excluido de la cobertura del POS, solicitó al Comité Técnico Científico de la entidad accionada la autorización del suministro, el cual dio curso a la solicitud despachándola desfavorablemente, sin objetar que la fórmula provenía de médico no adscrito.

Respecto del principio de confianza legítima, sostuvo la Corte en la referida Sentencia:

“La respuesta a este cuestionamiento pasa por el análisis de uno de los principios que hace parte del derecho fundamental al debido proceso y por ello encuentra raigambre constitucional, como es el de la confianza legítima⁴³, que se origina en el derecho administrativo y consiste en la protección que se confiere a la persona que aunque no es titular de situaciones jurídicas definidas, adquiere, con base en razones objetivas, el convencimiento que la Administración no cambiará las condiciones que, de manera estable y con la apariencia de legalidad, ha conservado para un asunto en específico. Este principio, íntimamente ligado con el de la buena fe (Art. 83 C.P.), pretende evitar que se sorprenda al administrado con decisiones intempestivas que afecten sus intereses, sin que exista medida alguna que le permita adaptarse al cambio de situación.

(...)

Como se dijo, la Carta Política determina que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado (Art. 49 C.P.), siendo posible delegar su prestación en los particulares, disposición constitucional que permite concluir que los principios constitucionales y legales a los que se encuentra sometida la Administración son aplicables, entre otras, a las entidades prestadoras del régimen contributivo de seguridad social en salud.

⁴² M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-084/00 y T-280/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero

(...)

Esta conclusión no contraviene los pronunciamientos anteriores de esta Corporación sobre la necesaria vinculación entre el médico que emite la orden y la entidad prestadora encargada del suministro del fármaco o procedimiento, como uno de los requisitos para inaplicar las normas del P.O.S., ya que la complementación de la regla jurisprudencial tiene fundamento en la aplicación de un principio, propio de la administración pública, a situaciones propiciadas voluntariamente por la entidad prestadora de salud, que generan el convencimiento objetivo de la titularidad de un derecho y la continuidad en su reconocimiento”⁴⁴.

Aunque las circunstancias fácticas del caso estudiado en la Sentencia precitada difieren de las que ahora convocan la atención de esta Sala, es posible aplicar análogamente el razonamiento empleado por la Corte Constitucional en dicha oportunidad. Así, se tiene que la entidad accionada, en respuesta dada a esta Corporación, señaló que ni el doctor José A. Rivas, ni las clínicas en que se realizó la cirugía se encuentran vinculadas a Colmédica Medicina Prepagada. No obstante, manifestó, respecto de la cirugía de implante coclear practicada en el oído izquierdo del accionante, que dicho procedimiento fue autorizado por Colmédica Medicina Prepagada y que para tal efecto se suscribió un convenio con el Doctor José A. Rivas.

Sostuvo Colmédica Medicina Prepagada:

“1. Ahora bien de acuerdo a la información suministrada por el área médica se constató que el procedimiento IMPLANTE COCLEAR (lado izquierdo) fue realizado el pasado año 2005 en la Clínica Rivas por el doctor José Rivas, el cual fue autorizado en una parte por COLMÉDICA MEDICINA PREPAGADA, como quiera que el procedimiento quirúrgico se encuentra cubierto por el contrato del que es beneficiario el accionante Pedro Felipe Arciniegas rueda (...)

2. Es preciso manifestar que ni el doctor José A. Rivas ni la clínica José A Rivas, hacen parte de la red de prestadores de Colmédica Medicina Prepagada, ni de Colmédica EPS, sin embargo se suscribió un convenio para el caso en particular entre la primera y el doctor”⁴⁵. (Subraya fuera de texto).

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-237 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁵ Ver Cuaderno 2, Folio 55.

La actuación de Colmédica Medicina Prepagada en la intervención quirúrgica correspondiente al implante coclear en el oído izquierdo del accionante, tiene como consecuencias directas, de una parte, el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado.

Los hechos consistentes en que Colmédica Medicina Prepagada i) autorizó el servicio médico practicado por el doctor José A. Rivas en el oído izquierdo del accionante, ii) celebró un convenio para validar el hecho de que el actor haya acudido a un médico particular y iii) asumió el costo del servicio médico que está dentro de la cobertura del contrato de medicina prepagada y un porcentaje de la prótesis, comportan la aquiescencia implícita en la actitud del actor de acudir a un médico no adscrito a la entidad.

En consecuencia, el comportamiento de Colmédica Medicina Prepagada, crea en el accionante el convencimiento de que su proceder en el sentido de acudir al médico particular y no requerir el servicio de los galenos adscritos a dicha entidad ha sido convalidada por ésta y, por tanto, se adecua a las cláusulas de la relación contractual, de tal manera que el demandante, amparado por los principios de confianza legítima y continuidad en el servicio, pretende recurrir para completar la cirugía de implante coclear del oído derecho al mismo médico particular, doctor José A. Rivas, con la expectativa legítima de que Colmédica Medicina Prepagada asumirá los costos correspondientes.

En esta medida, la Corte encuentra que, esa confianza generada por Colmédica Medicina Prepagada en cabeza de Pedro Felipe Arciniegas Rueda no puede ser defraudada sin que se vulneren los derechos fundamentales del accionante, en particular, el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud. En tal medida, es procedente declarar el amparo tutelar en lo que guarda relación con el procedimiento quirúrgico y los procedimientos de conexión y programación de la prótesis y de rehabilitación, para que tales servicios sean prestados por el médico tratante del actor, en el mismo lugar donde le fue practicada la primera cirugía, por cuenta de Colmédica Medicina Prepagada, de acuerdo con los costos que los mismos demanden para el momento en que cada uno se lleve a cabo.

Como ya se anotó, los servicios cuya prestación se impone a Colmédica se encuentran dentro de la cobertura del contrato de medicina prepagada, por lo que la orden que se impartirá en este fallo, en el sentido de que la entidad accionada asuma, con cargo a sus propios recursos, los servicios médicos prestados por el doctor José A. Rivas respecto del implante coclear del oído derecho del actor, no comporta un desbordamiento de la responsabilidad que en virtud del contrato debe asumir la demandada. En realidad, se trata simplemente de trasladar la carga en la prestación del servicio a un médico que, aun cuando no se encuentra adscrito formalmente a la entidad, para el

caso del servicio reclamado por el actor, el mismo ya ha sido avalado por Colmédica Medicina Prepagada y su labor previamente consentida.

Por tanto, esta Sala tutelaré parcialmente los derechos que el accionante alega como vulnerados, ordenando a Colmédica Medicina Prepagada asumir con cargo a sus recursos el costo del procedimiento quirúrgico, del procedimiento de conexión y programación de la prótesis y del proceso de rehabilitación en lo que tiene que ver con la cirugía de implante coclear del oído derecho del accionante. Para tal efecto, la entidad accionada deberá suscribir convenio con el doctor José A. Rivas, de acuerdo con los costos que tales servicios demanden al momento en que los mismos se lleven a cabo. Respecto de la prótesis de implante coclear del oído derecho, como se señaló anteriormente, no procede el amparo tutelar, toda vez que la prótesis está claramente excluida del contrato de medicina prepagada, debiendo ésta ser cubierta por los padres del actor.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos en este proceso, ordenada mediante auto de fecha cinco (5) de mayo de 2006.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE la Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Pedro Felipe Arciniegas Rueda contra Colmédica EPS.

TERCERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, en el sentido de **NO TUTELAR** los derechos a la salud y a la vida del accionante en relación con el suministro de la prótesis de implante coclear del oído derecho.

CUARTO: TUTELAR los derechos a la salud y a la vida del accionante en relación con el procedimiento quirúrgico, el procedimiento de conexión y programación de la prótesis y el proceso de rehabilitación, respecto de la cirugía de implante coclear del oído derecho que debe realizar al accionante su médico tratante, doctor José A. Rivas. En consecuencia, **ORDENAR** a Colmédica Medicina Prepagada que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, asuma con cargo a sus propios recursos el costo del procedimiento quirúrgico, del procedimiento de conexión y programación de la prótesis y del proceso de rehabilitación en lo

que tiene que ver con la cirugía de implante coclear del oído derecho del accionante. Para tal efecto, la entidad accionada deberá suscribir convenio con el doctor José A. Rivas, de acuerdo con los costos que tales servicios demanden al momento en que los mismos se lleven a cabo.

QUINTO: DECLARAR, respecto de la cirugía de implante coclear del oído izquierdo del accionante, la carencia actual de objeto por existir un hecho superado.

SEXTO: ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, **NOTIFIQUE** la presente decisión a las partes de este proceso, a fin de asegurar que la diligencia de notificación sea oportuna y permita asegurar que los procedimientos requeridos por el actor para proteger su derecho a la salud en conexidad con la vida digna se lleve a cabo en el menor tiempo posible.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General