Sentencia SU.508/01

CONTRATO DE REASEGURO EN ENFERMEDADES DE ALTO COSTO-Finalidad

El contrato de reaseguro de enfermedades de alto costo, si bien se rige por las normas comerciales, no pierde su finalidad de mecanismo para reasegurar enfermedades ruinosas o catastróficas lo que lo conecta con el derecho a la salud. Los recursos que se paguen preferentemente en el proceso de liquidación forzada a las EPS tienen como destinación específica la de pagar a las IPS el valor de los servicios que han prestado. Esto significa que se trata de recursos vinculados a la Seguridad Social que no pueden dedicarse a otro objeto. Luego, si las indemnizaciones provenientes de un contrato de reaseguro en enfermedades de alto costo no se pagan , el Sistema de Seguridad Social debe proveer los recursos pertinentes porque de lo contrario habría un detrimento del derecho de los afiliados. Con la advertencia de que los dineros provenientes de las indemnizaciones por siniestros ocurridos en contratos de reaseguros de enfermedades de alto costo no ingresan al patrimonio de las EPS, porque son recursos para la salud .

RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza

Los dineros reconocidos por siniestros de enfermedades de alto costo por Seguros Atlas de Vida S. A., en liquidación, no tienen el carácter de parafiscales sino que son el producto del cumplimiento de un contrato de reaseguros que se rige por las normas del Código de Comercio.

COMPAÑÍA DE SEGUROS ATLAS-Proceso de liquidación/CONTRATO DE REASEGURO EN ENFERMEDADES DE ALTO COSTO-Negativa para el pago de los dineros adeudados a EPS por ocurrencia del siniestro

La Compañía de Seguros Atlas de Vida S. A., en liquidación, no ha violado los derechos fundamentales a la salud en conexión con la vida de los afiliados al negarse a pagar inmediatamente los dineros que adeuda por la ocurrencia de los siniestros por cuanto la entrega de tales dineros no es para la atención de la salud de los afiliados porque estos ya fueron atendidos y precisamente por la ocurrencia de este siniestro se reconoció el crédito y se dispuso su pago en el orden de prelación que establece la ley. La implicación que pudiera tener la no entrega total de las indemnizaciones es un aspecto eventual sobre el cual no puede dar orden alguna la sentencia de tutela, sin perjuicio de la reflexión que se hizo sobre la repetición contra el Fosyga, si a ello hubiere lugar.

Al pedirse mediante tutela el cumplimiento de un contrato de reaseguro, se desdibujan los conceptos de subordinación e indefensión respecto del particular contra quien se dirige la acción. Luego, por ningún lado se dan las condiciones para la prosperidad del amparo.

Referencia: expediente T- 368991

-Peticionario: Salud Total S.A.

Temas:

Derecho de las personas a la seguridad social en salud

Sistema de la seguridad social

Procedibilidad de la tutela

Improcedencia de la tutela para el cobro de indemnizaciones provenientes de contrato de reaseguro de enfermedades de alto costo.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, quien la preside, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández , habiendo previamente determinado que la tutela de la referencia fuera decidida en Sentencia de Unificación, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los siguientes fallos: El de primera instancia, proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Manizales, el 13 de julio de 2000; el de segunda instancia dictado por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de agosto de 2000; dentro de la acción de tutela instaurada por Salud Total E.P.S. contra Seguros Atlas de Vida S. A.

ANTECEDENTES

Surgen de la solicitud, de las pruebas obrantes en el expediente y de las explicaciones que dan tanto Seguros Atlas de Vida S. A. como Salud Total E.P.S. los siguientes

1. La Compañía de Seguros Atlas de Vida S. A., como asegurador, y Salud Total E.P. S., como asegurado, contrataron unas pólizas de reaseguro por un año, a partir del 1° de diciembre de 1998, hasta el 30 de noviembre de 1999, para cubrir enfermedades de alto costo de personas usuarias de dicha E.P.S. y pertenecientes tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado.

2. La EPS: Salud Total S. A., ante la ocurrencia de los siniestros cobijados por la póliza, referentes a tales enfermedades de alto costo, presentó al asegurador el listado de enfermos, la cuantía del costo de tratamiento, la atención en diferentes IPS y con base en estas informaciones hizo las reclamaciones en varias oportunidades. Es así como se mencionaron expresamente un gran número de personas, pero la aseguradora, presentó en la diligencia de inspección un listado en el cual sólo aceptó dentro de la relación a las siguientes personas (algunas de ellas mencionadas varias veces por corresponder a distintas facturas de tratamiento):

ADELAIDA ROJAS DE ROMERO, ALBA CLARA BURBANO SOLARTE, ALBA NELLY GUZMAN,

ALBERTO GARZÓN GONZALEZ, ALEXANDRA LEYVA, ALFONSO MAZO ARANGO, ALFREDO TRIANA BARRERO, AMPARO CEBALLOS DE GARCIA, ANA CLELIA ALZA DE CEPEDA, ANA CRISTINA CALLEJAS RINCON, ANA MARIA SANCHEZ MAHECHA, ANA MARIA VASQUEZ DE RODRIGUEZ, ANDRES FELIPE BARRAGAN MARTINEZ, ANDREZ FELIPE VASQUEZ ARCILA, ANGEL YESID QUINTERO, ANTONIO COBA TOMASE, ARIEL RODRIGO MONJE CARRILLO, ARMANDO LARA MENESES, BARBARA HERNANDEZ DE GARCIA, BEATRIZ NARANJO GALVIS, CAMILO RAFAEL PEREZ ALVAREZ, CARLOS ALBERTO AGUIRRE, CARLOS JARUFFE NAVARRO, CARLOS JULIO RIVERA, CARMEN JULIA MARTINEZ, CARMEN RAMIREZ BOTERO, CARMEN ROSA MARTINEZ MORALES, CARMENZA MORRIS QUIMBAYA, CAROLINA ARIAS GOMEZ, CECILIA CARDENAS CHARRIA, CECILIA OLGUIN BETANCOURTH, CECILIA JUNCA DE MARTINEZ, CLARA CHAPARRO DE GUERRA, CLARA INES AVENDAÑO, CLAUDIOS FLOREZ COTE, CONSUELO CORREA, CONSUELO ESCAMILLA, CRISTOBAL GONZALEZ, DANIEL FELIPE NUÑEZ MARIN, DIEGO ALEJANDRO FORERO MENDEZ, DIEGO FLOREZ GARCIA, DILIANA CASTRO REYES, DIOSELINA ALARCON DE GRANADOS, DIVA MARLENY ALVARADO SIERRA, DONELIA PATIÑO DE OROZCO, DORA ALBA ECHEVERRY GIRALDO, EDILBERTO DE JESUS VILLEGAS CORREA, EDISON PINO SOTO, EFRAIN ARGUELLO MONTENEGRO, ELISA MONTOYA CARDONA, ELISA ROMERO, ELVIA DE ANDREIS Vda. DE GARCIA, EMMA SIERRA MONTAÑEZ, EMPERATRIZ SANCHEZ, ESPERANZA MARTINEZ PIRAGAUTA, EUFROSINA GARCIA LARA, EUSTARGIO MEDINA, FABIAN ALBEIRO HURTADO, FABIO DE JESUS AYALA CANO, FABIO MARIN HERRERA, FLORENTINO DIAZ ALVAREZ, FRANCY QUINTERO TORRES, GILBERTO GOMEZ VALENCIA, GIOVANNY CASTILLO, GLADYS GRANADOS GUZMAN,GLORIA NELLY GUILLEN LLANTEN, GUILLERMO ANTONIO QUINTERO, GUILLERMO CONSTANTE NIEBLES, GUSTAVO CEBALLOS GOMEZ, HERBERTH ANTONIO ARBOLEDA, HECTOR RAUL GIRALDO RIVERA, HERIBERTO MEJIA MERCADO, HIJA DE MARIA HILDA ZAMBRANO RUIZ, HIJO DE CARMEN CABALLERO, HIJO DE GLADYS BULLA, HIJO DE OLGA MANOTAS HENRIQUEZ, HIJO DE ALEXANDRA VILLAMIZAR NARANJO, HIJO DE ANA SEPULVEDA, HIJO DE ANDREA DEL P. MENDEZ, HIJO DE AUDRI RODRIGUEZ, HIJO DE AURORA OTALORA, HIJO DE CABRERA LISETH, HIJO DE CLAVIJO JULIETH, HIJO DE DAZA VIGNY, HIJO DE FABIOLA LOPEZ, HIJO DE GALINDO EMPERATRIZ, HIJO DE GUTIERREZ MARY LUZ, HIJO DE GUZMAN ALBA, HIJO DE HAIDITH J. HERNANDEZ DIAZ, HIJO DE JANETH CAICEDO, HIJO DE LINDA ESPERANZA HUERTAS JIMENEZ, HIJO DE LUZ ANDREA MORA, HIJO DE LUZ CERA, HIJO DE MARIA MERCEDES PINEDA, HIJO DE MARIA VICTORIA NARANJO, HIJO DE MARISOL IBAÑEZ CARDENAS, HIJO DE MIRALBA DUARTE, HIJO DE NELYIR DEL SOCORRO GOMEZ, HIJO DE NUBIA ROMERO, HIJO DE OLGA DOMINGUEZ PALACIOS, HIJO DE PAOLA ANDRÉS REYES, HIJO DE ROSALBA CAMPOS, HIJO DE SANDRA POLO, HIJO DE TATIANA ACUÑA, HIJO DE TATIANA SANDOVAL, HIJO DE VIVIANA GONZALEZ, HIJO DE ZAMBRANO RUIZ MARIA HILDA, HILDA PINEDA, INES CASAS, ISABEL CRISTINA PEREZ FLOREZ, IVONE MURILLO PEREZ, JAIME ANDRES URAN MAZO, JAIME GOMEZ GOMEZ, JAIME OSTOS MELO, JAIRO ENRIQUE ESCORCIA GARCIA, JAIRO RICO PINEDA, JHON ALEXANDER MONTENEGRO MUELAS, JHON LEIVER HIGUITA GARCIA, JOHANA ROSA CASTILLO BARRIOS, JONATHAN RODRIGUEZ ESCORCIA, JONNY ESTEBAN BARRIOS, JORGE ALBERTO FRESNEDA, JORGE ENRRIQUE MERCHAN DIAZ, JOSE ALEXANDER SANCHEZ RODRIGUEZ, JOSE ALFREDO ARREDONDO ALVAREZ, JOSE ANTONIO PERDOMO HERRERA, JOSE ARTURO SANCHEZ ALVARAN, JOSE EDGAR CEBRON LOPEZ, JOSE FERNANDO MEDINA, JOSE GUSTAVO GIRALDO MEJIA, JOSE LUIS CONTRERAS RINCON, JOSE MANUEL MARTINEZ SALAZAR, JOSE OMAR DUQUE PATIÑO, JUAN CAMILO CARDENAS HENAO, JUAN DIEGO ROJAS REYES, JUANA MUÑOZ DE ESCOBAR, JULIANA ALFONSO GONZALES MARTINEZ, JULIAN PUENTES CARRERO, JULIO CESAR FUENTES SENEGAL

, JULIO CESAR HENAO ORTEGA, LEOPOLDO ROBINSON ROBINSON, LEOPOLDO RUIZ PRIETO, LEYDY JOHANA BARBOSA CRUZ, LIBARDO DE JESUS JIMENEZ CANO, LILIA ARAGON DE RODRIGUEZ, LILIANA MARIA GARCIA CARDENAS, LILIANA MESA TARAZONA, LLAMAS RAFAEL DIAZ GRANADOS, LOLA RUSSI VALDERRAMA, LUCIANO LEITON BENAVIDES, LUIS ALBERTO ARANGO, LUIS ALFONSO PEÑUELA BARON, LUIS ANGEL MORALES TRUJILLO, LUIS EDUARDO LOAIZA, LUIS EMILIO RINCON PULGARIN, LUIS ERNESTO VALDES, LUZ AMPARO LOPEZ, LUZ ANDRA MORENO, LUZ MERY CASTRILLON MONA, LUZ MILA ARBELAEZ, MAIDA ALCIRA NAVARRO, MANUEL ANTONIO ESTRADA HIGUITA, MANUEL DE LEON, MANUEL VARGAS DE ARIZA, MARCO ANTONIO MEDINA SILVA, MARCO SERGIO LARA GOMEZ, MARCOS BORJA SALAS, MARIA AYDEE GOMEZ SALAZAR, MARIA DOLORES MANRIQUE, MARIA ELVIRA DE GUATEROS DE CESPEDES, MARIA EUGENIA PALACIO GOMEZ, MARIA EUNICE PATIÑO DE PATIÑO, MARIA FABIOLA YEPES, MARIA HERMELINDA GARCIA, MARIA ISABEL MONSALVE DE ARANGO, MARIA LIBIA AGUDELO, MARIA MEDRANO DE MEDRANO, MARIA NATIVIDAD LEON MARANTA, MARIA ORTEGON JIMENEZ, MARIA TERESA ARBELAEZ, MARIA TRINIDAD MALDONADO, MARINA IBAÑEZ DAZA, MARIO DE JESUS ECHEVERRI BAENA, MARIO ZULETA CEBALLOS, MARTA NOLBA GARCIA, MARTIN ALONSO CASTAÑEDA, MATILDE MARIA CARTAGENA PRESSIGA, MICHEL MEJIA SANCHEZ, MIGUEL ANGEL ZUÑIGA CALAMBAS, MIRYAM GILMA RAMOS DE BAQUERO, NAPOLEON RUEDA ARIZA, NELSON MARIN IDARRAGA, NERY VALENCIA VILLARREAL, NESTOR CARDONA NARANJO, NOEL LOPEZ MORA, NURY CARMONA, OCTAVIO FARFAN, OCTAVIO PAREDES, OFELIA LOPEZ, PATRICIA GUIRALES GUIRALES, PAULA ANDREA TULANDE OSPINA, PEDRO GONZALEZ, PEDRO JULIO ROJAS SIERRA, PLUTARCO BOHORQUEZ GRIJALBA, RAUL SOTO VANEGAS, RICARDO BASTIDAS RAMIREZ, ROSA ELIA CUBILLOS VIUDA DE CONTRERAS, RUBIELA FLOREZ ALVAREZ, SAID ZAGUADY BARRIOS, SLINDER VILLAMIZAR DIAZ, SOFIA JIMENEZ VALENCIA, SOLEDAD BARRENTES, SOLEDAD HERNANDEZ FLOREZ, TERESA BARRETO DE ROJAS, TERESA GALVIS, VICTOR ALONSO CASTRILLON CALDERON, WILFREDO VILLANUEVA SANCHEZ, WILLIAM ANTONIO BELTRAN, WILSON ALBERTO ESCOBAR MARIN, YEFFER AUGUSTO CHACON PIMIENTO, YENY JOHANA ALVAREZ DURANGO, YOVANY GARCIA CAMPO, YULY NATALIA VELA MATEUS, ZENITH DE LA CRUZ.

Se indicó cuáles enfermedades padecían dichas personas, entre otras, las siguientes: angioplastia coronaria, problemas arteriales, cierre de comunicación interauricular, pretermino gemelo, angina, cáncer en distintas partes del cuerpo, encefalopatías, insuficiencia renal crónica, hipertensión pulmonar, insuficiencia cardio-respiratoria, infarto agudo del miocardio, pancreatitis aguda, aneurismas, cardiopatía isquémica, nefropatía lupica, quemaduras de II y III grado, bloque avanzado, , efectos asmáticos, angina inestable, valpulopatía aórtica, neumonía neonatal, etc. Igualmente se estimó por Salud Total EPS, tanto el costo del tratamiento de cada una de las personas, individualmente consideradas como el costo global que se contabilizó en la cantidad de:$1.704’135.740,oo

3. Pese a las frecuentes reclamaciones de Salud Total E.P.S. solicitando la entrega de la cantidad de dinero antes indicada, no ha habido respuesta concreta porque los bienes de dicha Aseguradora fueron tomados en posesión por la Superintendencia Bancaria, se entró en proceso de liquidación y hasta la fecha la liquidadora se ha abstenido de entregar los recursos a que la EPS accionante tiene derecho. Se le ha dicho a Salud Total E.P.S. que se le entregará lo debido en el momento que el Código de Comercio señala, porque se trata de un “siniestro” ubicable dentro de la “obligación-pasivo”. Aparece en el expediente la

manifestación expresa de la liquidadora (comunicación dirigida a la Corte Suprema de Justicia el 27 de julio de 2000) donde resume el criterio de la compañía de seguros. así :

“O sea que se tuvo en cuenta que dentro del desarrollo del objeto social de una compañía aseguradora de vida, en primer término se debe respetar el ahorro de los seguros de vida, como bienes excluidos de la masa de la liquidación o de lo que comúnmente se denomina la no masa, porque sería injusto pagar obligaciones pasivas de la aseguradora en liquidación con bienes que le pertenecen a terceras personas. Acto seguido, es decir después de restituir la no masa, se entran a pagar las acreencias provenientes de los negocios de la aseguradora y en primer término las acreencias de los siniestros aceptados. Solamente le preceden los créditos laborales y los fiscales. Es así como la tutelante, Salud Total S. A. presentó su reclamación de acreencias radicada bajo el # 510-2058, la cual fue aprobada y la accionada procederá a cancelar dichos valores de rescate a los seguros de vida”. (Subrayas fuera de texto).

5. Se pide en la tutela que se le ordene a Seguros Atlas de Vida S. A. que reintegre las sumas adeudadas a Salud Total E.P.S., como “recursos de la seguridad social necesarios para el cumplimiento de las obligaciones delegadas a la entidad promotora, dada su destinación específica y naturaleza parafiscal”. Es decir, que Salud Total E.P.S. aspira, mediante tutela, a recibir “en el término de 72 horas” el dinero que según Seguros Atlas de Vida S. A. se le entregaría en un futuro no cercano.

6. En el hecho 5° de la solicitud de tutela se expresa exactamente el objetivo de la acción de tutela y así lo ha admitido la sentencia de la Corte Suprema, objeto de la presente revisión:

“Conforme a lo expuesto, se encuentra vulnerado el derecho a la seguridad social y a la salud de la EPS, en los términos previstos por el artículo 48 de la Constitución Política, cuya prestación le corresponde a Salud Total E.P.S. Igualmente, se vulnera el derecho a la vida de los afiliados de la institución que represento, en la medida en que se desvían recursos de la seguridad social a otros fines, con el claro desconocimiento de los mandatos constitucionales y legales, y en especial, como posteriormente se demostrará, de la jurisprudencia constitucional”.

PRUEBAS

1. Con la solicitud de la tutela fueron adjuntadas:

– comunicaciones entre Salud Total S. A. y Seguros Atlas de Vida S. A. sobre varios aspectos: siniestros avisados a la compañía de seguros, (con soportes) reclamación por no pago oportuno de primas (en diciembre de 1999) y cancelación por via de compensación;

-derecho de petición de Salud Total S. A. a la aseguradora para que entreguen los dineros de la seguridad social en salud. El último escrito de reclamación es por la suma de $1.704’135.740,oo y tiene fecha 6 de abril de 2000.

2. Con posterioridad a la iniciación de la acción de tutela, se agregaron:

– La póliza 111, con dos documentos, fijándose una prima mensual por afiliado de $535,oo, con vigencia del 1° de diciembre de 1998 al 30 de noviembre de 1999, seguro destinado a

cubrir los riesgos derivados de la atención de las denominadas enfermedades de alto costo. El objeto del contrato es indemnizar al asegurado los gastos médicos en que incurra durante la vigencia de la póliza, por el tratamiento de las enfermedades de alto costo del Plan Obligatorio de Salud, de los afiliados a los regímenes subsidiado y contributivo, conforme a la reglamentación expedida por el Consejo de Seguridad Social en Salud. Se cubren los riesgos derivados de la atención de: patologías cardíacas de aorta toráxica y abdominal, vena cava, vasos pulmonares y renales; patologías del sistema nerviosos central; insuficiencia renal; gran quemado; infección por VIH; cáncer; reemplazo articular parcial o total de cadera o rodilla; cuidados intensivos; transporte de pacientes; medicamentos. La prima se calcula con base en la cantidad de afiliados: "Teniendo en cuenta que las primas correspondientes a la cobertura provista mediante la presente póliza se han definido por cada afiliado y por cada mes, el tomador deberá enviar el reporte del número de afiliados a la iniciación de la vigencia de la póliza. Dentro de los 15 primeros días de cada mes, el asegurado suministrará a la compañía la cantidad de afiliados vigentes al cierre del mes anterior, incluyendo las modificaciones de afiliados, cifra que servirá de base para el cobro de la prima mensual". Conjuntamente con el reporte de los afiliados, el asegurado deberá enviar una relación completa de los casos de sus afiliados que correspondan al tratamiento de alguna de las enfermedades de alto costo cubiertas mediante la póliza. El tomador se obliga a dar aviso de todos los siniestros a la compañía dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de su ocurrencia. Para la reclamación de la indemnización el asegurado deberá entregar a la compañía varios documentos, entre ellos las facturas o recibos de pago de los gastos médicos causados, el resumen oficial de la historia clínica o si es del caso, copia de los exámenes de laboratorio y la copia del documento de identificación del afiliado atendido. La compañía efectuará el pago de las indemnizaciones a que haya lugar dentro de los 30 días siguientes, cuando se trata de siniestros menores a 20 millones de pesos; cuando los siniestros son mayores a este valor, se requerirá la aprobación del reasegurador. La compañía indemnizará los costos de atención de las enfermedades amparadas, de acuerdo con las tarifas convenidas entre salud total y las IPS para la prestación de los servicios de salud.

– También se adjuntaron la Resolución 1613 de 26 de octubre de 1999 del Superintendente Bancario que tomó en posesión los bienes y haberes de Seguros Atlas de Vida S. A. y la Resolución 0338 de 28 de febrero de 2000 de la Superintendencia Bancaria que dispuso la liquidación de la mencionada compañía.

– Igualmente la Resolución 1 de 2000 de Seguros Atlas de Vida S. A. en liquidación que aceptó unas reclamaciones y rechazó otras por bienes y sumas de dinero excluidos de la masa de liquidación (no masa) y estableció el orden de restitución. Igualmente, aceptó algunos de los créditos y rechazó otros los créditos contra la masa de liquidación (masa), señalando la naturaleza de los mismos, su cuantía, la prelación para el pago y los privilegios o preferencias que la ley establece. Dentro de la masa se incluyeron los créditos de siniestros enfermedades ruinosas o catastróficas y de alto costo, tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo (relacionándose lo de Salud Total S. A. E.P.S.). Obra en autos la reposición interpuesta contra la anterior Resolución. Y la Resolución 2 de 2000 de Seguros Atlas de Vida S. A., en liquidación, haciendo una aclaración.

3. Como en las sentencias de tutela materia de la presente revisión se planteó la deficiencia

probatoria; y como evidentemente había la necesidad de constatar el estado en que se encuentra la liquidación y el estado de la posesión de los bienes, haberes y negocios de Seguros Atlas de Vida S.A. y todo lo que tenga que ver con el contrato de seguro suscrito entre Seguros Atlas de Vida S.A. y Salud Total S.A., la Corte Constitucional ordenó y practicó diligencias de inspección judicial en la Superintendencia Bancaria y en la sede de Seguros Atlas de Vida S. A., en liquidación, en Manizales.

3.1. En la Superintendencia Bancaria se constató que efectivamente fue sometida a la medida de vigilancia especial a la compañía de Seguros Atlas de Vida S. A., luego se decretó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de dicha compañía, se designó un agente especial, se ordenó la liquidación y se nombró un liquidador. Con posterioridad a la diligencia, la Superintendencia Bancaria envió su criterio sobre la operación de la cobertura de las enfermedades de alto costo. En el escrito, entre otras cosas se dice que el producto se comercializa bajo el ramo "salud", pero que están evaluando la posibilidad de ubicarlo bajo un ramo específico y que "el riesgo asegurable se entiende realizado en el momento en que la EPS incurra en gastos médicos en cuanto éstos se encuentran vinculados directamente a las enfermedades de alto costo de los afiliados al sistema".

3.2. En la inspección a las instalaciones de Seguros Atlas, entre otros aspectos se constató:

3.2.1. La liquidación de Seguros Atlas de Vida S.A. se encuentra en el pago de las acreencias reconocidas como "no masa". Por tal motivo, el cuatro de marzo de 2001, se informó en el periódico "que a partir del 5 de marzo se efectuaría la primera ronda de pago de las acreencias de la no masa (valores de rescate, primas causadas no devengadas, ahorro y depósito por prima), en un porcentaje equivalente al 60% del total reconocido, de acuerdo con lo estipulado en la Resolución no 6 del 22 de febrero de 2001". Con esta primera ronda de pago se beneficiaron 9078 personas. El dinero que fué depositado en el Banco Popular para tales pagos, ascendió a cuatro mil ochocientos veinticuatro millones veintisiete mil cuatrocientos diecisiete pesos ($4.824'0027.417), que fueron reclamados por los beneficiados.

3.2.2. Las acreencias reconocidas por Seguros Atlas de Vida S.A. a Salud Total S.A., en definitiva y luego de replanteamiento de cifras, asciende a un total de mil quinientos treinta y cuatro millones cincuenta y dos mil ochocientos cincuenta y nueve pesos ($1.534.052.859). Tal cifra consta en la Resolución No 4 de la cual aportó copia la propia compañía seguradora, dentro de la diligencia de inspección judicial.

3.2.3. De las personas con enfermedades de alto costo, cada caso tiene su soporte en el respectivo fólder que está en las oficinas de Seguros Atlas de Vida S. A., en liquidación (son aproximadamente 8.000 folios) y de ahí surge el listado de acreencias reconocidas por Seguros Atlas de Vida S.A. a Salud Total S.A. en las resoluciones 01 y 04. Hay que agregar que cada caso fue sometido a auditoría médica previa por parte de la aseguradora.

4. Para mejor ilustración, la Corte solicitó un concepto al Instituto Colombiano de Derecho Tributario, acerca de la naturaleza de los dineros adeudados por parte de Seguros Atlas de Vida S.A. a Salud Total S.A..

Consideró el ICDT que los recursos de la seguridad social por todo concepto son recursos

parafiscales en la seguridad social .

De acuerdo con el estudio contenido en el concepto rendido, la contribución parafiscal –en términos más técnicos la exacción parafiscal- es “solo una parte del universo de la parafiscalidad, que comprende no solo las sumas que los contribuyentes aportan, que son los ingresos (las contribuciones), sino los gastos y, obviamente, el paso intermedio, su recibo, organización, administración, en una palabra su propiedad”

Explica el Instituto que así como la hacienda pública es la actividad del Estado que se ocupa de “recaudar recursos, administrarlos, poseerlos e invertirlos”, “en la parafiscalidad existen los aportes de los contribuyentes, el patrimonio o el tesoro de cada uno de los pequeños universos que la componen, y los gastos, destinados al pago de los servicios, lo que incluye la guarda de los bienes que componen el patrimonio común”. Más adelante afirma incluso que de la misma manera que en la Hacienda Pública, “los ingresos de la parafiscalidad no son solo las contribuciones; también hay ingresos de capital; y obviamente, los reintegros y las indemnizaciones”.

Afirma el Instituto que necesariamente, los administradores de las contribuciones parafiscales en seguridad social y en salud deben mantener unos patrimonios altos, cuyo manejo se les encomienda por ley, y respecto de los cuales deben tomar todas las medidas necesarias para su conservación y productividad.

Finalmente concluye que “cuando las sociedades administradoras de fondos parafiscales cobran para ellas las indemnizaciones provenientes de seguros, están reclamando un derecho del Estado y para el Estado a título de administradores de un bien público.”

Hubo un salvamento de voto a tal concepto, presentado junto con el concepto, que dice en uno de sus apartes: “El derecho que pueda corresponderle a una EPS como consecuencia de un litigio con una aseguradora o con otro particular, no adquiere la condición de recurso parafiscal, pues no pasa de ser mas que un derecho civil, cuya protección garantiza la Constitución al igual que los demás que integran el derecho de propiedad (artículo 58 C.P.). Con posterioridad llega a la Secretaría de la Corte Constitucional, el 3 de abril del presente año y al dia siguiente pasa al Despacho, otro escrito de “aclaración de voto” que sostiene entre otras cosas que “Los recursos dejan de ser parafiscales y por ende públicos, cuando salen del patrimonio parafiscal en virtud de pagos a terceros para extinguir obligaciones válidamente pactadas”.

SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

La de primera instancia, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Manizales, el 13 de julio de 2000; el a-quo (Tribunal Superior de Manizales) declaró improcedente la tutela porque en su opinión a la actora le asiste interés para accionar en defensa de sus derechos fundamentales, pero carece de legitimación para reclamar a nombre de sus afiliados; aunque da a entender que en el presente caso no procedía la tutela contra la persona jurídica de carácter particular, de todas maneras analizó el tema de fondo y entre los razonamientos para negar la tutela está el de que no resulta manifiesto que la suma

reclamada integre los recursos parafiscales; ni está probado que las sumas correspondan a recursos de la seguridad social en salud; y que tampoco estaba claro que se hubiere cometido un abuso contra Salud Total por parte de Seguros Atlas de Vida S. A.

La sentencia de segunda instancia fue dictada por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de agosto de 2000. Confirmó la decisión del a-quo. El ad-quem analizó primero la conducencia de la tutela contra la persona jurídica Seguros Atlas de Vida S.A., así:

"Con apoyo en dicho precepto,(se refiere al artículo 335 C.P.) la Corte Constitucional al examinar si las entidades privadas que desarrollen las actividades mencionadas, podían ser sujeto pasivo de una acción de tutela precisó:

"Adicionalmente el artículo 335 de la Constitución Política, se refiere a las actividades financiera, bursátil y aseguradora como de interés público. Esta norma armoniza con la previsión del artículo 189, numeral 24, a cuyo tenor 'corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa ', 'Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público".

"Así entonces, la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste un interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (art. 1º de la C.P.)".

En ese orden de ideas concluyó la autoridad mencionada en la misma sentencia, que los particulares que desarrollen actividades similares a la prestación de un servicio público que comprometan el interés general, son susceptibles de ser demandados por vía de tutela cuando con sus actuaciones vulneren o amenacen algún derecho constitucional de carácter fundamental, "porque entenderlo en otra forma llevaría a un desconocimiento del derecho a la igualdad frente a las entidades públicas que prestan determinado servicio en forma directa, y cuyas actuaciones se encuentran sujetas al control legal a través de la acción de tutela, en tanto que las entidades particulares que desarrollan la misma actividad, estarían exentas de esta carga, generándose una evidente e injusta discriminación".

En cuanto al tema de fondo, expuso la Corte Suprema estas razones:

"4. De modo que, no siendo un punto pacífico que la suma de dinero cuyo pago se pretende obtener por esta vía, tenga el carácter de recursos parafiscales, ni menos aún el monto de la misma, pues mientras la actora reclama $1.704.135.740,oo, en virtud de los siniestros ocurridos con cargo a la Póliza Nº 111 de Alto Costo, que comprende un grupo de 326 siniestros, la Liquidación de la Aseguradora, mediante Resolución Nº 001 de 2000 rechazó 170 reclamaciones en forma total o parcial, aceptado solamente 156, por un valor de $1.356.937.781,oo, decisión que fue recurrida por SALUD TOTAL S.A. (fls. 266 al 296. C.1), recurso que está pendiente de resolución, se impone la confirmación de la sentencia del Tribunal, pues la acción de tutela no es la vía idónea para reconocer derechos litigiosos, que como tales deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, en virtud del carácter subsidiario o

residual que está incito en el mecanismo que ocupa la atención de la Sala, situación que está contemplada como causal de improcedencia en el numeral 1º del art. 6º del Decreto 2591 de 1991. Además, de accederse al amparo se vulneraría el derecho a la igualdad de los otros acreedores de la Sociedad accionada, que dentro del trámite de la liquidación, al igual que la actora, presentaron sus respectivas reclamaciones."

FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

Esta Corte es competente para revisar los fallos de tutela de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y el decreto 2591 de 1991; así mismo por la selección del respectivo expediente.

B. TEMAS JURIDICOS A TRATAR

En la tutela que motiva la presente sentencia, el accionante pide que por el trámite de la tutela, la EPS Salud Total obtenga de una aseguradora, en liquidación, que se "le reintegre", como dice la solicitud, inmediatamente y no en el instante que la liquidadora indique, la totalidad de las acreencias de los siniestros porque se está afectando "el derecho a la salud y seguridad social de la empresa", en los términos del accionante. En otra perspectiva, también se plantea la solicitud de tutela que se afecta a un gran número de personas, afiliadas a Salud Total, por el hecho de que Seguros Atlas de Vida S. A., en liquidación, no ha entregado las cantidades de dinero, correspondientes a indemnización destinada a la atención de enfermedades de alto costo. Esas peticiones obligan a resolver, entre otros temas, los siguientes:

a. Si las indemnizaciones provenientes de siniestros amparados por pólizas de reaseguro en enfermedades de alto costo se pueden o no considerar como recursos parafiscales y si pueden variar o no el orden de prelación legal en los procesos de liquidación administrativa forzada.

b. Cuál es la importancia de proteger el equilibrio financiero de una EPS, en relación con los usuarios del sistema de seguridad social en salud.

Por supuesto que para dilucidar los dos puntos centrales antes indicados, en el aspecto sustantivo habrá que tener en cuenta que el derecho a la salud es un derecho de las personas naturales; y para dirimir los temas de fondo se requiere examinar el comportamiento jurisprudencial sobre la protección del derecho a la seguridad social en salud, ver si el caso concreto se subsume o no dentro del precedente jurisprudencial; analizar el sistema de la seguridad social en salud, estudiar cómo proteger a los ususarios frente a contingencias financieras de los operadores del sistema.

En el aspecto procedimental es indispensable examinar si es procedente la tutela para reclamar el pago de las indemnizaciones derivadas de un contrato de reaseguro y previamente tener en cuenta que la jurisprudencia ya ha determinado lo siguiente:

a. Es admisible que una EPS reclame a nombre de sus usuarios, cuando se aduce que está reclamando para la seguridad social y la salud de ellos. En la T-696/2000 los peticionarios fueron precisamente: Seguros Sociales, ICBF, EPS, entre otros, sin que hubiere habido cuestionamiento a la personería sustantiva; o sea que la tutela puede tener como sujeto activo de la acción a la EPS a la cual están afiliados quienes requieren de la atención médica y por ende se les pudiere estar afectando el derecho a la vida.

b. La tutela puede ser contra particulares si éstos colocan en situación de indefensión a los posibles afectados o desarrollan actividades similares a la prestación de un servicio público, en cuyo caso están las actividades financieras, como lo explicó suficientemente la Corte Suprema de Justicia en el presente caso, habiéndose transcrito lo pertinente al principio de este fallo.

c. Aunque la tutela no está prevista para dirimir disputas de carácter legal, sí lo está para establecer si frente a la Constitución una determinada conducta es lesiva de derechos fundamentales (artículo 86 C.P. y, entre otras sentencias la T-577/99).

Hechas las anteriores precisiones, se procede al estudio de los temas que incidirán en la decisión a tomar:

El derecho a la seguridad social

No se debe confundir el derecho a la seguridad social con el sistema de seguridad social. Claro que se compenetran porque el sistema está al servicio del derecho a la seguridad social. Ese derecho a la seguridad social, y dentro de ella la salud, es un derecho subjetivo y universal.

El derecho a la seguridad social, está incluso reconocido en la normatividad internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 22 establece: “Toda persona, en cuanto miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”. El Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, (suscrito por Colombia y ratificado el 29 de noviembre de 1969, ley 74/98), en su artículo 9° estableció: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. Ambos instrumentos se refieren a personas naturales, cuestión que se reafirma en el Preámbulo del Pacto que expresamente dice: “Reconociendo que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”. En Colombia, la Constitución de 1991 le dio rango constitucional a la seguridad social y le otorgó al legislador la facultad de indicar cómo quedaría establecida. Esta protección se otorga a la niñez, los ancianos, los inválidos y las personas , es decir, que no hay la menor duda que la Constitución protegió a las personas naturales. Dentro de este contexto hay que entender el derecho a la seguridad social en salud.

El derecho a la seguridad social en salud

La normatividad jurídica que protege el derecho a la salud está en diferentes textos de la

Constitución, artículos 46, 47, 48, 49, 50, entre otros. En la jurisprudencia se ha considerado que el derecho a la salud no es un derecho fundamental per se , pero que tutelarmente se protege en conexión con el derecho a la vida, o en conexión con el derecho al trabajo, o con el derecho a la dignidad o con el derecho a la seguridad social.

La T-941/2000 resume los parámetros que señalan cuando hay conexidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida y también precisa qué se entiende por vida para efectos de la protección tutelar:

"b) Ahora bien, el concepto de vida al que en reiteradas ocasiones ha hecho alusión esta Corporación, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que se consolida como un concepto mas amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende entonces, es respetar la situación "existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad", ya que "al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable"1, en la medida en que sea posible2.

Lo anterior es razonable, porque de lo contrario, se llegaría al absurdo de la negación del derecho a la recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud y vida de las personas. Por eso, no sobra repetir, que se entiende por derecho a la vida no solamente la posibilidad de existir, sino también "una existencia en condiciones dignas y cuya negación es precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida" (T-260/98). Es, además, un derecho irrenunciable para todos los habitantes de Colombia.

La protección al derecho a la salud para grupos, específicamente para quienes padecen enfermedades catastróficas y de alto riesgo

Dentro de una interpretación sistemática de la Constitución, no solamente se debe proteger, en general, el derecho a la seguridad social en salud, sino a quienes por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 C.P.). Eso explica la protección especial a un colectivo de personas que padecen las denominadas enfermedades catastróficas y ruinosas. La Resolución 5261/94, artículo 16, define a las enfermedades ruinosas o catastróficas como aquellas que "representan una altas complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo-efectividad en su tratamiento". La misma Resolución reseña cuáles son las patologías para enfrentar tales enfermedades:

Artículo 117. Patologías de tipo catastrófico. Son patologías CATASTROFICAS aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguientes procedimientos:

-Transporte renal

-Diálisis

-Neurocirugía, sistema nervioso

-Cirugía cardiaca

-Reemplazos articulares

-Manejo del gran quemado

-Manejo del trauma mayor

-Manejo de pacientes infectados por VHI

-Quimoterapia y radioterapia para el cáncer

-Manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos

-Tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas".

Estas normas se compaginan y complementan con el Acuerdo 072/97, artículo 1°, numeral 5° literal c y numeral 1° del literal d; los Acuerdos 083/97 y 106/98 y 110/98 del Consejo de Seguridad Social en Salud, entre otras.

Tales enfermedades catastróficas, en muchas ocasiones son incurables, pero eso no quiere decir que no son amparables constitucionalmente. Hay que tener en cuenta que en lo jurídico curar no es sanar la enfermedad. La incurabilidad o cronicidad de la enfermedad no es obstáculo para la continuación de la prestación del servicio (T-020/95). Esta posición de la Corte tiene particular importancia cuando se trata de enfermedades como el sida, el cáncer, ubicadas ellas dentro de las calificadas como enfermedades de alto costo. Y es el mismo legislador quien ha catalogado a esta y otras enfermedades como enfermedades ruinosas o catastróficas, es decir, enfermedades muy graves, que sin lugar a dudas su no tratamiento implica una permanencia prolongada.

Una de las principales obligaciones del Estado y de la sociedad frente a estas enfermedades de alto costo (por supuesto que también frente a todas las enfermedades) es el adecuado tratamiento. El literal 11 del artículo 4º del decreto 1938 de 1994 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". Y dentro de ese mismo glosario se dice que actividad, el procedimiento y la intervención, dentro de sus componentes incluyen, entre otros: "prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad". Significa lo anterior que la tutela incluye la protección al tratamiento, sin límites temporales, no solo porque así se colige de la protección del derecho a la vida sino de la concepción correcta de lo que es la seguridad social y del reconocimiento de que uno de los objetivos del Estado es el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados y dentro de ella ocupa lugar preferente la salud (artículo 366 C.P.).

Ese tratamiento está señalado en la Resolución 5261/94:

Artículo 17. Tratamiento para enfermedades ruinosas o catastróficas. Para efectos del presente Manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo-efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo.

Se incluyen los siguientes:

a. Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.

b. Diálisis para insuficiencia renal crónica, transplante renal, de corazón, de médula ósea y de córnea.

c. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.

d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.

e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas.

g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.

h. Reemplazos articulares.

Para todos estos casos de enfermedades de alto costo, la ley 100 de 1993, en su artículo 162, parágrafo 4° establece que "Toda entidad promotora de salud reasegurará los riesgos derivados de la atención de enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social como de alto costo". Es decir, que fue el propio Estado, al diseñar el sistema, el que impuso a las EPS la obligación del reaseguro para las enfermedades de alto costo. A su vez, el decreto 1938/94, artículo 38 obliga al aseguramiento para el tratamiento de las enfermedades catastróficas o ruinosas, mecanismo de aseguramiento que se reitera en el parágrafo del artículo 17 del decreto 5261/94.

Esos reaseguros, como es lo acostumbrado, son contratos de duración de un año; por eso el artículo 38, parágrafo 3° del decreto 1938/94 establece: "El fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas cubrirá el valor de la atención para cada una de las patologías descritas con un tope máximo por evento año".

Lo anterior no significa que cumplido el año el enfermo queda desprotegido. Por lo tanto, vigente o no el contrato de reaseguro, hay protección para quien padece tales enfermedades catastróficas y la EPS no puede eludir la obligación de darle el tratamiento adecuado y si no lo dá, cabe tutela contra la EPS remisa. Por eso, parecería incongruente que una EPS interponga tutela invocando el derecho a la salud de sus usuarios cuando es ella misma quien debe prestar el servicio. Sin embargo, la Corte Constitucional en excepcionales circunstancias, ha admitido la tutela para reclamación de depósitos consignados en entidades financieras, cuando tales depósitos no son entregados y esto afecta el sistema de la seguridad social.

En el presente caso no se trata de depósitos porque lo único que ha entregado la EPS a la

compañía de seguros son las primas y está reclamando por tutela las indemnizaciones. La anterior afirmación no impide hacer un análisis somero sobre la afectación que respecto a los usuarios pudiera tener la no entrega inmediata de indemnizaciones correspondientes a atenciones ya efectuadas.

El sistema de la seguridad social y en especial el sistema de la seguridad social en salud

El sistema colombiano de seguridad social integral es un sistema de corte mixto que recoge de los clásicos modelos alemán (de Bismark) y británico (de Beveridge). Es un sistema público que tiende a la universalidad, causalista, de financiación diversa y con regímenes plurales. No se puede confundir sistema de seguridad social en salud con los regímenes que la integran. El sistema es una política y el régimen es un mecanismo. El sistema de seguridad social en salud cuenta con dos regímenes diferentes mediante los cuales se puede acceder al servicio: a.) El régimen contributivo, al cual pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago; y b.) el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país.

El Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud y las EPS, especialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado. De ahí que se permite la existencia de las Entidades Promotoras de salud, de carácter privado, que prestan el servicio por delegación que el Estado hace.

La seguridad social prestada por las E.P.S. tiene su soporte en la TOTALIDAD de los ingresos de su régimen contributivo. Se entiende por régimen contributivo el resultante de los aportes. Por consiguiente, forman parte de él: Las cotizaciones obligatorias de los afiliados, con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. También, ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, (artículo 27 del decreto 1938 de 1994) las tarifas, las bonificaciones de los usuarios. Son las cotizaciones sociales, base del sistema

Adicionalmente también se incluyen los aportes del presupuesto nacional, en cierta forma aportaciones impositivas, lo cual corresponde a una expresión del llamado régimen universalista.

Como el producto del recaudo, en el sistema colombiano es una cuenta que se maneja por encargo fiduciario (artículo 218 de la ley 100/93), esto ha ocasionado problemas que pueden incidir en la afectación a derechos fundamentales. Varias sentencias de la Corte Constitucional se han referido a este complejo tema. En la T-569/99 se hace expresa referencia a los ingresos de la seguridad social y expresa el siguiente concepto: “Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social”. Es decir, que lo que se va a proteger es el derecho a la seguridad social. Hasta ahora la jurisprudencia se había referido única y exclusivamente a los recursos de la seguridad social que al mismo tiempo tienen el carácter de parafiscal, concretamente a los depósitos.

La jurisprudencia de tiempo atrás se ha venido preocupando por estos aspectos del sistema.

En la SU-480/97 se indicó:

Precedentes jurisprudenciales en los casos de depósitos de recursos de la salud en entidades financieras en liquidación

La Corte no se aparta de la jurisprudencia existente en la T-696/2000 y en la T-1487/2000. Surge la inquietud en el presente caso de si las indemnizaciones provenientes de siniestros amparados por pólizas de reaseguro en enfermedades de alto costo, por su relación con los recursos de la seguridad social, implica necesariamente que tales indemnizaciones son calificables como recursos parafiscales, y, si puede aplicarse para esta hipótesis la jurisprudencia referente a depósitos en entidades financieras en liquidación.

La T-1487/2000 explicó:

"El asunto a que se refiere este expediente, ya fue objeto de decisión en la Corte Constitucional, en la sentencia T-696 del 13 de junio del año 2000, en relación con 25 casos semejantes.

En efecto, en aquella oportunidad se planteó el problema de "determinar si los dineros depositados dentro de las entidades financieras en proceso de liquidación son recursos públicos destinados específicamente a seguridad social en forma de contribuciones especiales."

La Sala, después de analizar el Estatuto Orgánico Financiero, con las modificaciones establecidas en la Ley 510 de 1999, la forma como se ha estructurado el proceso de liquidación forzosa, la finalidad que busca, y señalar que sobre el proceso liquidatorio pueden ocurrir actos del liquidador que afecten los intereses, acreencias, prelaciones y los derechos que puedan tener las personas que tenían cuentas o depósitos en las entidades sometidas a liquidación por la Superintendencia Bancaria, no hacen que por la ocurrencia de ellos, la acción de tutela sea procedente, pues, existen los medios de defensa judicial. Pero, es totalmente diferente la situación frente a los recursos públicos que tienen destinación específica. Como este es el caso, se transcribirá los argumentos expuestos en la tutela mencionada, pues se reiterarán. Analizó la sentencia :

"Pero cuestión muy diferente y particular es la que atañe con los recursos públicos que tienen una destinación constitucional específica, como los de la seguridad social, y que son depositados en las entidades financieras a través de consignaciones efectuadas en cuentas corrientes bancarias o de ahorro, o están representados en títulos de inversión.

"Los referidos recursos provienen de contribuciones parafiscales, que son definidas en el artículo 2 de la ley 225 de 1995 como aquellos gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan un determinado y único grupo social o económico y son utilizadas para beneficio del propio sector.

"2.4. A juicio de la Sala, los dineros recaudados con destinación al sector de la salud, que son recursos parafiscales, no se encuentran en la misma situación jurídica de los dineros de los ahorradores e inversionistas particulares, pues no pueden ser utilizados con fines distintos para los cuales están destinados, ni ser objeto del giro ordinario de los negocios de las

entidades financieras, ni formar parte de los bienes de dichos establecimientos, ni desviarse hacia objetivos diferentes, ni siquiera con motivo de su liquidación o intervención.

“Es así como el artículo 182 de la ley 100 de 1993 dispone que las cotizaciones de los afiliados que recauden las Entidades Promotoras3 de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social y que dichos recursos se manejarán mediante cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad; con lo cual se está señalando que tales dineros no pertenecen a las instituciones a cuyo nombre aparecen depositadas, pues éstas simplemente las administran con el fin de garantizar y organizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y beneficiarios.

“2.5. Como dichos recursos son contribuciones parafiscales, las instituciones financieras no pueden incluir en sus balances generales los dineros recaudados por concepto de seguridad social. En efecto, el parágrafo del artículo 26 de la ley 510 de 1999, establece: “No harán parte del balance general de los establecimientos de crédito y se contabilizarán en cuentas de orden, las sumas recaudadas para terceros, en desarrollo de contratos de mandato, tales como las correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social y los pagos de mesadas pensionales…”

Como se aprecia, en la T-696/00 el tema específico fue el de los depósitos en entidades financieras en liquidación. La jurisprudencia no ha dicho que las indemnizaciones sean depósitos, ni que puedan calificarse como recursos parafiscales. En la presente sentencia se está analizando otro caso muy diferente: el de los reaseguros en enfermedades de alto costo, que se proyecta en el pago de indemnizaciones por la ocurrencia de los siniestros derivados de contrato de reaseguro en relación con las enfermedades riesgosas y catastróficas. Este tema concreto no ha sido analizado por ninguna de las sentencias que se han referido a la parafiscalidad: la SU-480/97, la C-179/97, la C-542/98, la T-569/99.

Particular importancia tiene la C-1707/2000 sobre la naturaleza jurídica de los recursos que integran el Sistema de Seguridad Social en Salud. Consideró como contribuciones parafiscales expresamente a las siguientes: “….. aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones,…”.

Por otro aspecto, en la C-577/97 la Corte caracterizó a dichas contribuciones parafiscales como aquellas que son recursos recaudados que se cobran de manera obligatoria . Cuestión que no se puede predicar de las indemnizaciones por siniestros, porque éstas responden al cumplimiento de un contrato de reaseguros que se rige por normas del Código de Comercio y del Estatuto Financiero.

Claro que surge la pregunta: qué ocurrirá si en esos procesos de liquidación no se alcanza a cubrir la indemnización por enfermedades de alto costo?

Como el reaseguro para esas enfermedades de alto costo se ha impuesto por el Estado en la ley 100/93 y algunos de sus decretos reglamentarios, hay que analizar si por tal determinación estatal se puede afectar en determinadas circunstancias el equilibrio financiero.

El equilibrio financiero en el sistema de la seguridad social en salud

Lo importante para el sistema es que los recursos se destinen a la función propia de la seguridad social. Su finalidad específica es por consiguiente la salud de los afectados y, en el caso concreto de la presente tutela, las personas con enfermedades ruinosas o catastróficas, que requieren de protección para el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida y la seguridad social, teniendo en cuenta la continuidad en la atención y el tratamiento Para el anterior propósito es importante el equilibrio estructural del sistema. En la SU-480/97 se reconoció que para asegurar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero hay que evitar que se afecte la ecuación financiera.

Ese equilibrio hace parte de la relación Estado-EPS- usuario. Dentro del diseño del sistema de la seguridad social en salud, el equilibrio financiero tiene como objetivo permitir garantizar la viabilidad del sistema y por lo tanto su permanencia en el tiempo a efectos de que se pueda seguir manteniendo el fin primordial: cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida. Y, en el caso de estudio, específicamente un colectivo: el de las personas con enfermedades catastróficas.

Para lograrlo son varios los caminos jurídicos. Ha prosperado la tutela en cuanto a los depósitos dado su carácter parafiscal. Pero, no se puede decir lo mismo de las indemnizaciones. Sin embargo, eso no significa que el no pago de las mismas no vaya a afectar el equilibrio financiero. Luego, si en el momento legal oportuno la acción protectora de los recursos no es suficiente y ha sido por determinación del propio Estado que hubo la obligación de contratar el reaseguro, no puede quedar desamparado el grupo humano que se va a proteger. En la SU-480/97 (tratándose de antiretrovirales para enfermos de sida, que no aparecían en el listado oficial) se ordenó que una EPS (en el caso de aquella tutela Salud Colmena) pudiera repetir contra el Fosyga, luego la misma razón existiría para que no solamente respecto del sida, sino de las demás enfermedades catastróficas, se pudiere repetir contra dicho Fondo ya que fue por determinación del propio Estado se obligó a contratar un reaseguro y no es culpa de la EPS que se desequilibre el sistema si no se alcanza a cubrir la totalidad de la indemnización correspondiente a dicho reaseguro.

Se habla de dicho Fondo porque es una creación de la ley 100/93 para el funcionamiento del sistema y porque en la SU-480/97 se analizó la responsabilidad del Estado en el desequilibrio financiero. Dijo la Corte Constitucional:

“Las entidades promotoras de salud reciben una unidad, UPC, por cada beneficiario, como ya se explicó. El resto va al Fondo de solidaridad y garantía. (art. 219 Ley 100 de 1993)4.

Se supone que las mayores cotizantes al mencionado fondo son las EPS, sin exclusión. Pero ocurre que sólo están compensando las EPS particulares.

La explicación de la no compensación integral al Fondo de Solidaridad por parte de cajas, fondos o entidades del sector público que se transformaron en EPS, tuvo como explicación la necesidad de esas entidades de obtener información adecuada en cuanto a los ingresos y afiliaciones, lo cual se requiere para un correcto trazado para manejar separadamente los fondos provenientes del recaudo de las cotizaciones, y otros aportes. Por supuesto que la falta de información crea confusión y afecta el sistema, impide una caracterización real del mismo, es explicable el retardo en la información porque se trata del paso de atención del afiliado a la atención a la cobertura familiar, pero eso tiene su límite y, dentro de lo razonable

tendrá que ser el presente año no puede ir más allá del 31 de octubre de 1997 dado que este fallo no alcanza a ser notificado sino en dicho mes. Limite que coincide con el plazo no mayor a 4 años, contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como lo señaló el decreto 1890 de 1995, artículo 4º.

En conclusión, para la efectividad del derecho a la salud es vital el funcionamiento eficiente del sistema de seguridad social, por lo tanto, los preceptos relativos al funcionamiento del fondo de Solidaridad deben obedecerse y por ello todas las EPS sin excepción, deben cumplir las funciones previstas en el numeral 5º del artículo 178 de la ley 100 de 1993.

Adicionalmente, el sistema también se encuentra alterado actualmente, en lo que específicamente corresponde a la SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD por lo siguiente:

Ocurre que el artículo 221 de la ley 100 de 1993 indica que para la financiación de la SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD (base fundamental del sistema) en los años de 1994, 1995 y 1996, el Estado debía destinar del presupuesto nacional por lo menos el equivalente a "un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo" (art. 221 ley 100 de 1993) y el Estado NO lo ha hecho.

En 1997, según la ley 344 de 1996, se disminuyó dicha contribución a medio punto y pese a la disminución, tampoco se ha efectuado el aporte. Estos omisiones afectan TODO el sistema porque:

-Los usuarios no reciben trato adecuado

-Los médicos y las IPS no reciben cumplidamente lo que se les adeuda

-Los médicos no reciben honorarios justos.

Es decir, los agentes que participan en el sistema son perjudicados por la alteración del equilibrio, luego para la efectiva protección de sus derechos (y en especial de los pacientes que instauraron las tutelas) habrá que dar órdenes tendientes a lograr y mantener el equilibrio debido, y, además, si el ISS ha incumplido, este aspecto no será extraño en el tema de si se puede o no repetir contra el Estado.

Se fortalece lo anterior si se tiene en cuenta que en el contrato de reaseguro en enfermedades de alto costo se manejan recursos de la seguridad social porque en ellos intervienen las EPS y porque las indemnizaciones recibidas por siniestros son recursos que tienen como destinación específica la atención de la salud de los beneficiarios del seguro.

El contrato de reaseguro de enfermedades de alto costo, si bien se rige por las normas comerciales, no pierde su finalidad de mecanismo para reasegurar enfermedades ruinosas o catastróficas lo que lo conecta con el derecho a la salud. Los recursos que se paguen preferentemente en el proceso de liquidación forzada a las EPS tienen como destinación específica la de pagar a las IPS el valor de los servicios que han prestado. Esto significa que se trata de recursos vinculados a la Seguridad Social que no pueden dedicarse a otro objeto. Luego, si las indemnizaciones provenientes de un contrato de reaseguro en enfermedades de alto costo no se pagan , el Sistema de Seguridad Social debe proveer los recursos pertinentes porque de lo contrario habría un detrimento del derecho de los afiliados. Con la advertencia

de que los dineros provenientes de las indemnizaciones por siniestros ocurridos en contratos de reaseguros de enfermedades de alto costo no ingresan al patrimonio de las EPS, porque son recursos para la salud .

CASO CONCRETO

La E.P.S. peticionaria sostiene que los recursos correspondientes al valor de los siniestros reconocidos por las coberturas de reaseguro de las enfermedades de alto costo son recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo tanto recursos públicos de naturaleza parafiscal. Afirma que su fuente original es la ley y que deben destinarse a pagar a las Instituciones Prestadoras de Servicios I.P.S., el valor de los servicios médicos que han prestado o que se encuentran prestando para la atención de los afiliados o beneficiarios del sistema afectados por alguna de estas enfermedades. El apoderado judicial de la accionante presenta un concepto del ex-constituyente doctor Esguerra Portocarrero e invoca como precedentes judiciales la sentencia del Consejo de Estado de 7 de octubre de 1999 que determinó poner a órdenes de los liquidadores de unos bancos unas cuentas consignadas por depósitos judiciales en el Banco Agrario para que en la liquidación se tuviera en cuenta "la preferencia constitucional ordenada en el artículo 48 de la Constitución Política para los aportes de la seguridad social"; igualmente respalda su posición en la sentencia T-696 de 2000, que propugnó por la defensa de los recursos de la seguridad social en salud y ordenó la entrega a diferentes entidades, entre ellas a una EPS, de los recursos destinados a la seguridad social, para su destinación específica, dineros que se hallaban en empresas en estado de liquidación. Aspira la accionante a que mediante tutela y por las características antes anotadas, se ordene el pago de tales indemnizaciones.

La aseguradora accionada considera que no se trata de recursos parafiscales, y aunque no niega el pago a la EPS, indica que se hará de acuerdo con las disponibilidades de la entidad en liquidación, respetando los privilegios, preferencias y prelaciones establecidas en la ley. La Liquidadora de Seguros Atlas de Vida S. A. se opuso a la tutela, alegando que la peticionaría confunde recursos o bienes que se encuentren dentro de su patrimonio con las meras expectativas derivadas de un contrato de seguro. Que además la empresa en liquidación no puede pagar inmediatamente porque ello no se ajustaría al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), y se violarían los derechos de los otros acreedores. Presenta un concepto de Fogafin, dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentido favorable a sus pretensiones, especialmente en cuanto afirma Fogafin que el pago de los siniestros no tiene el mismo tratamiento de los recursos parafiscales de las entidades de la seguridad social. También adjunta la sentencia de 10 de febrero de 2000 del Consejo de Estado, Sección 5ª, en un caso de tutela al parecer similar, con resolución desfavorable para la EPS, porque se trata "de unos dineros que aún no han ingresado a su patrimonio (de la EPS), pues respecto de los mismos solo se tiene una expectativa en cuanto constituyen un crédito que se debe cancelar según el orden de prelación y de las disponibilidades de la aseguradora en liquidación". Además se refirió a un fallo del Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas que denegó la tutela, en caso parecido. E indica que la T-696/2000 no puede considerarse como precedente porque se refirió "a casos concretos en los cuales las E. P. S. depositan los dineros recaudados por aportes de la seguridad social en cuentas corrientes, de ahorros o CDT's".

La Corte Constitucional considera que la tutela propuesta por Salud Total EPS no puede prosperar por estas razones jurídicas:

a. Los dineros reconocidos por siniestros de enfermedades de alto costo por Seguros Atlas de Vida S. A., en liquidación, no tienen el carácter de parafiscales sino que son el producto del cumplimiento de un contrato de reaseguros que se rige por las normas del Código de Comercio. Dijo la Corte Constitucional en la T-080/98 (M.P. Hernando Herrera Vergara): "A juicio de la Corte y con fundamento en su jurisprudencia, la acción de tutela no procede como acertadamente lo resolvieron los jueces de instancia, cuando está de por medio una controversia de carácter contractual y económica que escapa a la competencia del juez de tutela…".

b. No se están desconociendo los derechos fundamentales a la salud en conexión con el derecho a la vida de los afiliados, por cuanto los asegurados enfermos ya fueron atendidos en hospitales. En efecto, la accionante reconoce expresamente que canceló oportunamente a las IPS las facturas presentadas por el valor de la atención prestada, con los recursos del sistema de la seguridad social en salud que administra por cuenta del Fosyga e inició con las facturas presentadas para cada IPS el cobro del siniestro correspondiente ante la Compañía de Seguros Atlas de Vida S. A.. Y, en cuanto a la continuación de los tratamientos de las enfermedades de las personas relacionadas en esta sentencia, a saber: angioplastia coronaria, problemas arteriales, cierre de comunicación interauricular, pretermino gemelo, angina, cáncer en distintas partes del cuerpo, encefalopatías, insuficiencia renal crónica, hipertensión pulmonar, insuficiencia cardio-respiratoria, infarto agudo del miocardio, pancreatitis aguda, aneurismas, cardiopatía isquémica, nefropatía lupica, quemaduras de II y III grado, bloque avanzado, , efectos asmáticos, angina inestable, valpulopatía aórtica, neumonía neonatal, la EPS no puede eludir tal obligación, como ya se explicó.

c. El sistema de seguridad social a través del Fosyga, creado para cubrir casos como el presente, permite a la EPS accionante cumplir con la atención de los afiliados asegurados y por tanto no se violan los derechos fundamentales a la salud en conexión con el derecho a la vida.

d. Lo que pretende la EPS accionante es recuperar los dineros en forma preferente a la prevista por las normas legales pertinentes, para lo cual la acción de tutela no es el mecanismo procesal adecuado. Además, existen otras acciones como la acción de nulidad contra la Resolución de la liquidadora que negó el pago inmediato de las indemnizaciones provenientes de siniestros amparados por las pólizas de seguros de enfermedades de alto costo.

e. La Compañía de Seguros Atlas de Vida S. A., en liquidación, no ha violado los derechos fundamentales a la salud en conexión con la vida de los afiliados al negarse a pagar inmediatamente los dineros que adeuda por la ocurrencia de los siniestros por cuanto la entrega de tales dineros no es para la atención de la salud de los afiliados porque estos ya fueron atendidos y precisamente por la ocurrencia de este siniestro se reconoció el crédito y se dispuso su pago en el orden de prelación que establece la ley. La implicación que pudiera tener la no entrega total de las indemnizaciones es un aspecto eventual sobre el cual no puede dar orden alguna la sentencia de tutela, sin perjuicio de la reflexión que se hizo sobre

la repetición contra el Fosyga, si a ello hubiere lugar.

g. Tampoco procede la tutela como mecanismo transitorio porque no hay peligro inminente de violación de los derechos fundamentales de los asegurados por cuanto ya fueron atendidos médicamente y no hay prueba en el expediente de que se estuviere afectando la continuidad del tratamiento.

h. Por último, debe expresarse que las Administradoras de Fondos Parafiscales pueden celebrar contratos civiles y comerciales como el contrato de reaseguros de enfermedades de alto costo sin que ello les quite su naturaleza jurídica ni implique variar las normas sobre liquidación forzosa administrativa. Por otra parte, las Compañías Aseguradoras de enfermedades de alto costo no administran recursos parafiscales sino que deben cumplir los contratos de seguros en la forma como fueron pactados.

En este contexto, al pedirse mediante tutela el cumplimiento de un contrato de reaseguro, se desdibujan los conceptos de subordinación e indefensión respecto del particular contra quien se dirige la acción. Luego, por ningún lado se dan las condiciones para la prosperidad del amparo.

DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y de Familia, que confirmó la sentencia del a-quo.

SEGUNDO. Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARADO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T-494 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

2Ver Sentencia T- 395/98. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-033 de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

4"ART. 218.- Creación y operación del fondo. Créase el fondo de solidaridad y garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política:

El consejo nacional de seguridad social en salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos.

ART. 219. Estructura del fondo. El fondo tendrá las siguientes subcuentas indendientes:

a. De compensación interna del régimen contributivo;

b. De solidaridad del régimen de subsidios en salud;

c. De promoción de la salud, y

d. Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta ley.”

e.