

Sentencia T-081/12

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Caso en que la demandante fue desafiliada súbitamente del régimen subsidiado de salud

Encuentra esta Sala que la actitud adoptada por el municipio es a todas luces reprochable, puesto que esa misma entidad al haberle permitido a la accionante recibir los beneficios plenos del régimen subsidiado de salud desde 2007 pese a estar clasificada en el nivel III del Sisben, generó en ella la confianza legítima de estar cobijada por dicho sistema, confianza que desquebrajó al desafiliarla del régimen subsidiado, arguyendo que obedeció a una depuración de la base de datos, sin siquiera informar de esta situación a la interesada. Considera la Sala que esta expectativa generada a la accionante debe ser respetada por el municipio, hasta tanto no se constate su capacidad de pago, que es, como se indicó anteriormente, la causal establecida por la Ley para poder desafiliar a cualquier persona del Régimen Subsidiado de Salud. Así mismo, encuentra la Sala que el Municipio de Yopal vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, puesto que la exclusión del régimen subsidiado de salud no la consignó en un acto administrativo debidamente motivado y por lo tanto tampoco se surtió la notificación a la accionante de dicha decisión, impidiendo que ésta ejerciera su derecho de defensa. En consecuencia, la Corte ordenará a la Secretaria de Salud del Municipio de Yopal afiliar nuevamente a la accionante al Régimen Subsidiado de Salud recibiendo los beneficios plenos del mismo, hasta tanto no desvirtúe las presunciones respecto de la capacidad de pago, realizando una nueva encuesta que demuestre un cambio en la situación socioeconómica de la accionante, advirtiéndole que debe en todo caso respetar el derecho al debido proceso de la actora. En el mismo sentido la Corte ordenará a la EPS-S CAPRESOCA, garantizar el acceso a la totalidad de los servicios de salud requiera y que se encuentren dentro de los beneficios plenos del Régimen Subsidiado

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Oportunidad, eficacia y calidad en el acceso a los servicios de salud

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para reembolso de gastos médicos/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN TUTELA-Requisitos para que proceda

De conformidad con dicha normativa, los requisitos establecidos para que el juez de tutela pueda decretar la indemnización de perjuicios son: (a) que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para obtener la indemnización del perjuicio; (b) que la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria; (c) que la indemnización sólo cubra el daño emergente causado; (d) que la indemnización proceda sólo cuando sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho, así como el pago de las costas del proceso. Al realizar el análisis de dichos requisitos frente al caso concreto se encuentra, en primer lugar, que a través de dicho reembolso, que es lo mismo que hablar de la indemnización del daño emergente causado, no se asegura el goce efectivo del derecho. En efecto, considera esta Sala, que el goce efectivo del derecho a la salud se garantiza a través de la orden de afiliación al Régimen Subsidiado de Salud, pues a través de dicha orden se concreta el principio de universalidad que rige para el Sistema de Seguridad Social en Salud e igualmente se garantiza el derecho al acceso a los servicios de salud. Por demás, es claro que precisamente la intervención médica que se echaba de menos ya fue realizada, razón por la cual en este aspecto concreto la situación de la solicitante ya ha sido superada. En segundo lugar, en el presente caso no se advierte que la violación al derecho a la salud haya sido manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, pues entendió esta Sala que sí es posible desafiliar a cualquier persona del régimen subsidiado de salud siempre y cuando se realice de conformidad con lo establecido por el ordenamiento jurídico y con total respeto del debido proceso. Por ello se ordena la afiliación hasta tanto no se realice una nueva encuesta que determine la capacidad de pago de la accionante, quedando supeditada dicha orden de afiliación a los resultados de la nueva encuesta, sin que proceda por lo tanto la indemnización de perjuicios en sede de tutela para el caso concreto. Finalmente, resulta claro que la señora Hurtado Torres cuenta con otros medios de defensa judicial para solicitar el citado reembolso. Al respecto resulta necesario precisar que esta Corporación ha establecido que la acción de tutela, en razón de su naturaleza subsidiaria y residual, no es el mecanismo adecuado para solicitar el reembolso de prestaciones de naturaleza económica

Acción de tutela instaurada por Elizabeth Hurtado Torres en contra de CAPRESOCA EPS-S.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Catalina Irisarri Boada

Bogotá, DC., el dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Yopal - Casanare, el doce (12) de julio de 2011, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

De los hechos y la demanda.

1. Elizabeth Hurtado Torres, instauró acción de tutela en contra de CAPRESOCA EPS-S, por considerar que dicha entidad vulneró su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida, con base en los siguientes hechos y consideraciones:

1.1. Sostuvo la accionante que desde el primero (1º) de abril de 2007, se encontraba afiliada al régimen subsidiado de salud con la entidad CAPRESOCA EPS-S. En el año 2008 se le diagnosticó carcinoma basocelular del ojo derecho¹, razón por la cual se le practicó intervención quirúrgica en la cual se extrajo dicho ojo, todo esto a través de los servicios de CAPRESOCA EPS-S.

1.2. En mayo de 2011 fue diagnosticada de catarata en el ojo izquierdo por lo cual se ordenó la extracción de la misma². Al momento de programar el tratamiento requerido, la IPS le informó la imposibilidad de realizarlo debido a que había sido desafiliada del sistema por parte de CAPRESOCA EPS-S.

1.3. Respecto a las condiciones personales de la accionante, esta afirmó en la acción de tutela lo siguiente: “Mi situación económica es lamentable ya que por mi condición de salud

no puedo trabajar y mi esposo también está en la tercera edad. Tengo que hacer gastos aproximadamente \$200.000 (sic) en el pago de los servicios públicos”.

1.4. De conformidad con la situación fáctica señalada, el veinticuatro (24) de junio de 2011, instauró acción de tutela en contra CAPRESOCA EPS-S al considerar que dicha entidad, con la negativa de renovar la afiliación y ordenar el tratamiento prescrito, vulneró su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida. En consecuencia, solicitó ordenar al director de la EPS-S CAPRESOCA o a quien corresponda, renovar la afiliación al régimen subsidiado de salud y de esta forma restablecer el servicio de salud. En igual sentido solicitó ordenar a CAPRESOCA EPS-S o a quien corresponda, autorizar el tratamiento prescrito consistente en la extracción de la catarata del ojo izquierdo, así como ordenar la prestación de los servicios de salud requeridos de forma integral, permanente y oportuna.

Respuesta de la entidad demandada.

2. CAPRESOCA EPS-S en escrito del primero (1º) de julio de 2011, solicitó al juzgado de conocimiento rechazar por improcedente la acción de tutela, al considerar que los hechos por los cuales se interpuso la misma no constituyen responsabilidad de esa entidad.

Sostuvo que de conformidad con la normatividad vigente, dicha entidad no puede garantizar servicios médicos a quien no se encuentre reportado como usuario en la Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud. Afirmó que el hecho de que la señora Hurtado Torres hubiere pertenecido al régimen subsidiado como afiliada a CAPRESOCA EPS-S, no significaba que ahora, que se encuentra retirada, ésta tuviere la obligación de asumir su seguridad social y garantizarle los servicios médicos asistenciales.

Manifestó que es responsabilidad de la accionante adelantar los trámites establecidos por el Ministerio de Protección Social para volver a pertenecer al régimen subsidiado de salud, en lugar de acudir al procedimiento de tutela para buscar la protección de derechos fundamentales que en ningún momento han sido amenazados ni vulnerados por dicha EPS-S.

Finalmente, solicitó vincular al Municipio de Yopal - Oficina de Salud Municipal, con el fin de que explique las razones de hecho y de derecho que justificaron el retiro de la señora Hurtado Torres del régimen subsidiado.

Decisión judicial objeto de revisión.

3. Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Yopal – Casanare: En sentencia del doce (12) de julio de 2011, se negó el amparo solicitado por la señora Elizabeth Hurtado Torres en contra de CAPRESOCA EPS-S, al considerar que no se evidenció que la entidad accionada le esté vulnerando derecho fundamental alguno a la tutelante.

Indicó que es obligación de la accionante y no de la EPS, agotar los trámites administrativos tendientes a lograr una afiliación al régimen subsidiado de salud, probando que su clasificación en el SISBEN se encuentra en el nivel I o II.

II. ACTUACIONES SURTIDAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

4. Por medio de auto del primero (1) de diciembre de 2011, el Magistrado Sustanciador vinculó al proceso al Municipio de Yopal – Oficina de Salud Municipal y ordenó que en el término de cuarenta y ocho (48) horas se pronunciara acerca de los hechos y pretensiones en que se fundaba la solicitud de amparo. Igualmente se le ordenó pronunciarse sobre los siguientes interrogantes:

“ 1. Sírvase informar a este despacho la fecha en que desafilió del régimen subsidiado de salud a la señora Elizabeth Hurtado Torres, identificada con la cédula de ciudadanía No.23.739.160 y las razones que motivaron dicha desafiliación.

2. En caso de que la desafiliación haya obedecido a un cambio de clasificación en el Sisben, informar sí el municipio realizó alguna encuesta que demostrara un cambio en la situación socioeconómica de la señora Elizabeth Hurtado Torres y que condujera a la respectiva desafiliación. En caso afirmativo, remitir los documentos que sustenten esta situación.

3. Remitir el acto administrativo debidamente motivado en el que se decidió desafiliar a la señora Elizabeth Hurtado Torres, y certificado en el que conste la notificación a la interesada de dicho acto administrativo.

4. Remitir otros documentos que considere importantes para la resolución de este proceso.”

5. En oficio recibido en la Secretaria General de esta Corporación el 13 de enero de 2012, la Secretaría de Salud Municipal de Yopal dio respuesta a los interrogantes, informando que la

novedad de retiro de la señora Elizabeth Hurtado Torres se envió al Administrador Fiduciario FOSYGA el 26 de abril de 2011.

En su respuesta anexó oficio del catorce (14) de diciembre de 2011, expedido por el Técnico Administrativo de la Secretaria de Salud Municipal de Yopal, en el cual certifica lo siguiente:

“Revisado los archivos y copias de seguridad de bases de datos del Régimen Subsidiado en Salud, la señora ELIZABETH HURTADO TORRES, identificada con C.C. 23.739.160, fue retirada de la base de datos del régimen Subsidiado del municipio el día 26 de abril de 2011, mediante archivo enviado al Fosyga, tal como lo reglamentaba (sic) resolución 1982 de 2010, como quiera que en el momento del envío de las novedades del Municipio ante el FOSYGA, la ciudadana figuraba en la base de datos del SISBEN como nivel 3; y teniendo en cuenta que el Acuerdo 415 de 2009 en su artículo 2 numeral 1. (Población beneficiaria: De acuerdo con la ley son beneficiarios del Régimen Subsidiado, toda la población pobre vulnerable, clasificada en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados en el Régimen Contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción), de tal forma que los afiliados que se detecten en la base de datos con el nivel 3 o más, automáticamente dejarían de ser población beneficiaria del subsidio. El mismo acuerdo en su artículo 3, menciona lo siguiente: (Artículo 3º. Beneficiarios del Régimen Subsidiado. De conformidad con la ley son beneficiarios del Régimen Subsidiado, toda la población pobre y vulnerable, clasificada en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados al régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción. Esta población recibirá subsidios plenos o totales. La población clasificada como nivel III del Sisbén, podrá recibir subsidios parciales o realizar aportes complementarios al subsidio parcial, para afiliarse al Régimen Contributivo o recibir los beneficios plenos del Régimen Subsidiado...); y teniendo en cuenta que el municipio de Yopal no tiene cupos para la modalidad de subsidio parcial, la usuario no podría ser parte de la base de datos de afiliados activos.

De otra parte en el artículo 5 menciona lo siguiente: (Utilización de la encuesta Sisbén. La identificación de los beneficiarios se llevará a cabo con base en la información de la última encuesta Sisbén validada y certificada por el Departamento Nacional de Planeación...) y según el anexo adjunto a la presente certificación, la señora ELIZABETH HURTADO TORRES, no se encontraría registrada en la base de datos validada por el Departamento Nacional de

Planeación, en la metodología II que era la amparada por el DNP en el momento de la novedad.

Cabe anotar que el Municipio de Yopal en varias oportunidades ha sido visitado y auditado por los diferentes entes de control, y a consecuencia de estos hallazgos tenemos funciones de advertencia y planes de mejoramiento que han motivado la depuración de la base de datos del Régimen Subsidiado, pues estos entes han argumentado que hemos incurrido en posibles detrimentos patrimoniales, por lo tanto la labor realizada en procesos de depuración se ha dado con el fin de evitar pagos indebidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”

6. Por medio de auto del primero (1) de diciembre de dos mil once (2011), el Magistrado Sustanciador ofició a la señora Elizabeth Hurtado Torres para que suministrara la siguiente información:

“a. La forma y fecha en que tuvo conocimiento de la desafiliación del régimen subsidiado de salud. En caso de que haya sido a través de acto administrativo proferido por el Municipio de Yopal – Oficina de Salud Municipal, informar la fecha en que le notificaron personalmente el acto y remitir copia del mismo.

b. ¿En algún momento entre 2008 y 2011 las autoridades municipales de Yopal realizaron alguna encuesta con el fin de determinar la situación socioeconómica en que Usted y su familia se encontraban? En caso afirmativo, indicar la fecha en que esto ocurrió y si recibió alguna notificación en donde le informaran de alguna modificación en la clasificación de su situación socioeconómica.

c. ¿A la fecha de desafiliación del régimen subsidiado de salud, se encontraba recibiendo tratamiento alguno para sus dolencias?

d. ¿En el momento en que CAPRESOCA EPS-S le comunicó que había sido desafiada del régimen subsidiado de salud y por ende no podía autorizar el procedimiento requerido, le informó igualmente a qué entidades podía acudir para la prestación de servicios de salud? En caso afirmativo, suministrar copia del documento en donde conste dicha información.”

7. En escrito recibido en la Secretaria General de esta Corporación el once (11) de enero de

2012, la señora Hurtado Torres dio respuesta a los interrogantes informando lo siguiente:

“ a. CAPRESOCA no me informó de ninguna manera (ni verbal, ni escrita) sobre mi desafiliación del régimen subsidiado de salud. Debo aclarar que (sic) enteré de lo sucedido en el mes de mayo de 2011, cuando de acuerdo a remisión de CAPRESOCA, me dirigí a PREVENIR LTDA para programar el tratamiento señalado y fue este centro de salud quien me informó que CAPRESOCA me había desafiliado...

b. Debo precisar que vivía en la vereda San Rafael del Corregimiento de Morichal correspondiente al Municipio El Yopal Capital de Casanare, y debido a mi situación de salud tuve que desplazarme a vivir a Yopal, donde en el mes de junio de 2011 sí recuerdo haber recibido una visita de las autoridades municipales. Jamás supe cuál era el motivo de la visita. Igualmente manifiesto que nunca se me notificó alguna modificación en la clasificación de mi situación socioeconómica, como tampoco de mi nivel dentro del sistema de régimen subsidiado.

c. A la fecha de desafiliación del régimen subsidiado de salud, me encontraba recibiendo tratamiento, exactamente tenía una remisión de diagnóstico con QX DE CATARATA OI UNICO CON FACO Y PANFOTOCOAGULACION CON LASER OI y se había ordenado dicho tratamiento en mayo 18 de 2011 (...) Es bueno afirmar que venía siendo atendida durante muchos años a través de CAPRESOCA y que ya había sido intervenida donde perdí mi ojo derecho.

d. Frente a la circunstancia de desafiliación que posteriormente me comunicó verbalmente CAPRESOCA y que no podía autorizar el procedimiento requerido, debo afirmar que CAPRESOCA no me informó a que entidades podía acudir para la prestación de servicios de salud (...).”

8. En el mismo escrito, solicita a esta Corporación revocar la decisión del juez de tutela y en su lugar se ampare su derecho a la salud ordenando a CAPRESOCA reintegrar los valores correspondientes a gastos⁴ efectuados con ocasión de la cirugía de cataratas. Estos gastos, los soporta con las facturas correspondientes y se refieren a:

- a. Examen de Ponfotocoagulación por valor de quinientos veintiocho mil pesos (\$ 528.000).5
- b. Consulta de retina por valor de cien mil pesos (\$100.000).6

Igualmente solicita el reembolso por valor de un millón setecientos mil pesos (\$1´700.000) aproximadamente, correspondiente a la cirugía de cataratas por facoemulsificación. De este valor no aporta la factura, pues alega que debido a la premura de tiempo no la pudo conseguir.

Finalmente, solicita se ordene al Municipio de Yopal y a CAPRESOCA se le afilie nuevamente al régimen subsidiado de salud.

9. Por medio de auto del primero (1º) de diciembre de 2011, el Magistrado Sustanciador ofició al agente interventor de CAPRESOCA EPS-S para que suministrara la siguiente información:

“a. La forma y fecha en que tuvo conocimiento de la desafiliación del régimen subsidiado de salud de la señora Elizabeth Hurtado Torres.

b. ¿A la fecha de desafiliación del régimen subsidiado de salud, la señora Hurtado Torres se encontraba recibiendo tratamiento alguno para sus dolencias?

c. ¿En el momento en que le comunicó a la señora Hurtado Torres que había sido desafiliada del régimen subsidiado de salud y por ende no podía autorizar el procedimiento requerido, le informó igualmente a qué entidades podía acudir para la prestación de servicios de salud? En caso afirmativo, suministrar copia del documento en donde conste dicha información.”

10. En escrito recibido en la Secretaria General de esta Corporación el once (11) de enero de 2012, Armando Adolfo Segura Evan en su calidad de agente interventor de CAPRESOCA EPS-S, dio respuesta a los interrogantes informando lo siguiente:

“a. En cuanto a éste requerimiento de manera atenta y con el acostumbrado respeto informamos que CAPRESOCA EPS-S, tuvo conocimiento que la señora ELIZABETH HURTADO TORRES, había sido retirada del régimen subsidiado que opera éste entidad, con el reporte de Base de Datos que realizó el FOSYGA para el día 03 de Mayo de 2011, tal como consta en

archivo denominado MSEPS02503052011.txt.

b. Teniendo en cuenta el reporte del Histórico de afiliación de la Base de Datos del Fosyga, la señora ELIZABETH HURTADO TORRES, identificada con cédula de ciudadanía NO. 23739160, ingresó como beneficiaria del régimen subsidiado de esta entidad, desde el día 01 de abril de 2007 y fue retirada ante el Fosyga por el Ente Territorial - Municipio de Yopal - Oficina de Salud Municipal el día 26 de abril de 2011, fecha en la cual se encontraba recibiendo servicios médicos asistenciales por la especialidad médica de oftalmología, en la Institución prestadora de salud PREVENIR LTDA.

De conformidad con los apartes de la historia clínica de la Señora ELIZABETH HURTADO TORRES, para el día 19 de enero de 2011, en cita de control por Oftalmología en la IPS PREVENIR LTDA, fue atendida por diagnóstico (H544) OI EXCENTRADO POR CA., valoración en la cual el médico tratante de dicha institución le ordenó una AGIOGRAFIA OI + RECuento DE CELULAS ENDOTELIALES OI.

Para el día 18 de Mayo de 2011, se ordenó por parte del médico tratante de la IPS PREVENIR LTDA, el procedimiento quirúrgico denominado: (CIRUGIA DE CATARATA OI UNICO CON FACO Y PANFOTOCOAGULACION CON LASER OI), el cual no fue autorizado por la EPS-S, considerando que en el reporte de Base de Datos realizada por el Administrador Fiduciario del Fosyga, para el día 03 de Mayo de 2011, la Señora ELIZABETH HURTADO TORRES, ya no venía cargada como beneficiaria activa del régimen subsidiado que opera ésta entidad.

En conclusión cuando se hizo la novedad de retiro por parte del Ente Territorial - Alcaldía de Yopal - Oficina de Salud Municipal, la accionante estaba recibiendo atención médica en la IPS contratada por esta entidad para garantizar servicios médicos por la especialidad de oftalmología y optometría.

c. Con todo respeto manifestamos que cuando la señora ELIZABETH, presentó las órdenes médicas para que fueran autorizadas por parte de ésta entidad, se le informó que su estado de afiliación era (RETIRADO), toda vez que, se encontraba reportada como retirada debido a novedad generada por la Oficina de Salud Municipal como Ente Territorial ante el FOSYGA.

Cuando se presentan casos de retiro del régimen subsidiado, se les informa verbalmente a los usuarios que se acerquen a la oficina de Salud Municipal de la Alcaldía de Yopal, para que

les expliquen las razones de hecho y derecho que se tuvieron en cuenta para generar las novedades que se reportaron ante el FOSYGA e igualmente se les informa que para acceder a los servicios médicos que requieren, pueden acercarse a la Secretaría de Salud Departamental para que les garanticen atención como personas vinculadas con cargo a los recursos propios o recursos de subsidio a la oferta.

Tal como se manifestó anteriormente, la información se suministra de manera verbal a los usuarios y se les imprime hoja de consulta de base de Datos única de afiliación al sistema de seguridad social (BDUA-FOSYGA), para que adelanten el trámite de afiliación o traslado según la normatividad vigente”.

Anotó que CAPRESOCA EPS-S está obligada a garantizar los servicios médicos asistenciales a aquellas personas que se encuentren activas en la base de datos única de afiliados a la seguridad social, y por la cual se recibe Unidad per Cápita UPC a través de contratos de aseguramiento suscritos con cada uno de los Municipios donde hace presencia.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Competencia.

11. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011), proferido por la Sala de Selección Número Nueve.

Problema jurídico y esquema de resolución del caso concreto.

12. Corresponde a la Sala de Revisión determinar si CAPRESOCA EPS-S, entidad demandada en el presente proceso, y/o la Secretaria de Salud del Municipio de Yopal, entidad vinculada al proceso en sede de revisión, vulneraron el derecho fundamental a la salud de la accionante al haberla desafiliado súbitamente del régimen subsidiado de salud y, en consecuencia, no haber autorizado la prestación del tratamiento que requería la accionante.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala primero reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del carácter fundamental del derecho a la salud y en especial lo relativo a la oportunidad, eficacia y calidad en el acceso a los servicios de salud; luego presentará las características del Régimen Subsidiado dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, para finalmente resolver el caso concreto.

El derecho a la salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia.

13. El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política⁷. De ese precepto constitucional se concluye que la salud tiene una doble connotación: es un derecho fundamental y un servicio público⁸. En tal sentido, todas las personas tienen derecho a acceder al servicio de salud, servicio que el Estado debe organizar, dirigir, reglamentar y garantizar de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁹.

14. En la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esta Corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[16] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una

prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.[17] La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.[18]”

15. En la misma sentencia T-760 de 2008, se estableció que el derecho a la salud comprende, entre otros aspectos, el derecho a acceder a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, lo cual implica que las entidades responsables de prestar los servicios de salud deben hacerlo de tal forma que se garantice la oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad del servicio, de acuerdo con el principio de integralidad.

16. Respecto de la continuidad en la prestación del servicio de salud, en la mencionada sentencia, se estableció:

“Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado.¹⁰ Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.¹¹ Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”¹² Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud”

En igual sentido, la jurisprudencia constitucional considera que:

“(…) La Corte ha afirmado que los servicios de salud que se deba continuar prestando pueden estar o no incluidos en los Planes Obligatorios (POS y POSS). Para la Corte, si tales servicios (i) se encuentran fuera del Plan, (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (ARS, EPS o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), y (iii) son necesarios para tratar o diagnosticar una patología grave que padece, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS, o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado) la encargada de continuar con su suministro, con cargo a recursos del Fosyga, hasta tanto otra entidad prestadora de servicios de salud asuma de manera efectiva la prestación de los

servicios requeridos. Una vez suministrado el servicio médico excluido del Plan, la entidad respectiva tendrá derecho a repetir contra este fondo. De otro lado, considera la Corte que si los servicios requeridos (i) se encuentran dentro del Plan (POS o POSS), (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (EPS, ARS o por la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor) y (iii) fueron ordenados por su médico tratante, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), la encargada de continuar con su suministro, con cargo a sus propios recursos.”¹³

Así mismo, en la sentencia T-519 de 2008, se resolvió el caso de una mujer a quien la EPS le negó los tratamientos que requería por haber fallecido su padre quien la tenía como beneficiaria en su contrato de salud. En este evento, se consideró que:

“(…) Para la Sala, la entidad se encuentra en la obligación de suministrar el tratamiento solicitado y prestar integralmente el servicio de salud relativo a dicha enfermedad que sea ordenado por el médico tratante, hasta tanto se logre la afiliación de la actora al sistema de seguridad social integral, a través del régimen contributivo o subsidiado. Dicha conclusión se deriva del principio de continuidad del servicio de salud, así como el principio de confianza legítima.

8. En efecto, esta Corporación ha sostenido en numerosas ocasiones que los principios constitucionales que informan el derecho a la salud y la obligación del Estado de garantizar su prestación, generan un deber de continuidad en la prestación de los servicios médicos que requiere el tratamiento de una enfermedad, de manera que no pueden ser interrumpidos abruptamente, si con ello se pone en riesgo la vida y la integridad física de la persona.¹⁴

Resulta contraria a los principios constitucionales de solidaridad, de continuidad en la prestación de los servicios de salud y de protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta, una interpretación literal del ordenamiento jurídico en materia de salud y seguridad social que se oriente a restringir o impedir la continuidad del acceso a los servicios médicos a una persona por el solo hecho de ser desvinculada, cuando dichos

servicios se requieren necesariamente para su rehabilitación.

En el presente asunto, el servicio de salud se venía prestando de manera regular y fue interrumpido tan pronto la entidad advirtió que la actora había perdido la condición de beneficiaria. En este sentido, con dicho proceder se interrumpió el tratamiento de una enfermedad grave y se puso en riesgo la vida y la integridad física de la accionante. (...)

17. Queda claro entonces, que la continuidad se refiere a que a las EPS tanto del régimen contributivo como del subsidiado no les es permitido suspender tratamientos médicos ya iniciados. Dicho principio se fundamenta en i) la necesidad del paciente de recibir tales servicios y en ii) el principio de buena fe y confianza legítima que rige las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas y que consiste precisamente en “la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez iniciado”¹⁵.

18. Conforme a lo expuesto es indudable que, suspender de manera abrupta un tratamiento ante la circunstancia en la que la persona pierde su calidad de afiliada a una determinada EPS por razones ajenas a su voluntad, resulta violatorio de los derechos fundamentales de la misma. Cuando una EPS ha iniciado la prestación de un servicio o tratamiento debe continuar con el mismo hasta tanto la persona afectada logre afiliarse nuevamente, bien sea al régimen contributivo o al subsidiado

El Régimen Subsidiado dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

19. El artículo 48 de la Carta establece que “la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley”.

21. Respecto del régimen general de salud, dicha ley establece como principio rector el de la obligatoriedad, según el cual la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia¹⁸. En virtud de este principio, se establece que la participación en el sistema podrá ser en calidad de afiliados al régimen contributivo o subsidiado o como vinculados.¹⁹

Son afiliados del régimen contributivo aquellas personas que tengan capacidad económica para realizar el pago de las cotizaciones o sus beneficiarios. El régimen subsidiado se estableció para las personas que viven en condiciones de pobreza que no pueden realizar el pago de las cotizaciones y por lo tanto requieren subsidio por parte del Estado para sufragar las mismas. Los vinculados “son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”.

22. De conformidad con el artículo 211 de la Ley 100 de 1993, el régimen subsidiado de salud “es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad (...)”. El objetivo de este régimen es el de “financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar”.

23. En la sentencia T-880 de 2009 esta Corporación expuso la forma como funciona el Régimen Subsidiado de Salud. Al respecto señaló:

“(...) El Régimen Subsidiado es administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes suscriben contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, cuya función es afiliar y garantizar la prestación del servicio a sus beneficiarios. Estos contratos se financian con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.

A su vez, la afiliación a dicho régimen se efectúa, previa identificación de los potenciales beneficiarios a través de la encuesta Sisbén -Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales- o por el listado censal que realizan los municipios a petición de los ciudadanos, de la cual se obtiene un puntaje y un nivel que les prioriza para la asignación de subsidios.

Así, las personas que se encuentran clasificadas en los niveles 1 ó 2 del Sisbén, tienen derecho a afiliarse, junto con su núcleo familiar, al Régimen Subsidiado mediante subsidio total o pleno²⁰. Para tal efecto, deben elegir una Empresa Promotora de Salud del Régimen

Subsidiado (EPS-S) de las que se encuentran inscritas y autorizadas para operar en su municipio, entidad que en adelante administrará y prestará los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud de respectivo Régimen a sus afiliados. También lo harán, mediante subsidio parcial, aquellas personas que se encuentran registradas en el nivel 3 del Sisbén, toda vez que se encuentran en un periodo transitorio con miras a ingresar al Régimen Contributivo”.

24. De conformidad con lo establecido en el artículo 213 de la Ley 100 de 1993 que remite al artículo 157 de la misma, son beneficiarios de este régimen “las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus Subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”.

25. El Acuerdo 415 de 2009, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y por medio del cual se modificó la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del SGSSS, establece en su artículo 2 que la población beneficiaria del régimen subsidiado es “toda la población pobre y vulnerable, clasificada en los niveles I y II del SISBEN o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados en el Régimen Contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción. También lo son la población clasificada en el nivel III del SISBEN en los términos de la ley (...)”. Y en el artículo 3º vuelve a establecer quienes son los beneficiarios del Régimen Subsidiado en los siguientes términos:

“Artículo 3º. Beneficiarios del Régimen Subsidiado. De conformidad con la ley son beneficiarios del Régimen Subsidiado, toda la población pobre y vulnerable, clasificada en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados al Régimen Contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de

excepción. Esta población recibirá subsidios plenos o totales.

La población clasificada como nivel III del Sisbén, sin perjuicio de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, podrá recibir subsidios parciales o realizar aportes complementarios al subsidio parcial, para afiliarse al Régimen Contributivo o recibir los beneficios plenos del Régimen Subsidiado, en los términos en que lo defina el Gobierno Nacional en el marco del literal d) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

También son beneficiarios del Régimen Subsidiado las poblaciones especiales registradas en los listados censales y las prioritarias que defina el Gobierno Nacional, según lo establece el literal a) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, quienes podrán recibir subsidio pleno siempre y cuando cumplan con las condiciones para este.

Parágrafo 1°. De conformidad con lo dispuesto en los Decretos 2060 de 2008 y 1800 de 2009, los trabajadores cuya labor se pacte y se preste por uno o unos días y que, en todo caso, resulten inferiores a un mes se considerarán población beneficiaria del Régimen Subsidiado siempre y cuando cumplan con las condiciones para ser beneficiarios de dicho régimen. Su afiliación deberá cumplir con el procedimiento descrito en el presente acuerdo.

Parágrafo 2°. No podrán ser beneficiarios del Régimen Subsidiado de Salud las personas que reúnan condiciones para pertenecer al Régimen Contributivo, tales como: aquellas que perciban ingresos o renta suficientes o cuenten con capacidad de pago para afiliarse al Régimen Contributivo, que estén vinculadas mediante contrato de trabajo y devenguen como mínimo un salario mínimo legal mensual vigente, que goce de alguna clase de pensión salvo los que estén en el Fondo de Solidaridad Pensional, que sea beneficiario de otra persona afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, o que pertenezca a un régimen especial o de excepción. Estas condiciones aplican tanto para las personas identificadas mediante encuesta Sisben como por listados censales”.

26. Respecto de la pérdida de la calidad de afiliado, el artículo 44 del Acuerdo 415 de 2009, establece que la misma se perderá si se cumplen las condiciones definidas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios para pertenecer al Régimen Contributivo, regímenes de excepción o especiales.

27. 35. En el mismo sentido, la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema

de Seguridad Social en Salud, establece en su artículo 32 lo siguiente:

Artículo 32. Universalización del aseguramiento. Todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional desarrollará mecanismos para garantizar la afiliación.

Cuando una persona requiera atención en salud y no esté afiliado, se procederá de la siguiente forma:

32.1 Si tiene capacidad de pago cancelará el servicio y se le establecerá contacto con la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo de su preferencia.

32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud.

(...)"

28. La Jurisprudencia de esta Corporación²² ha sostenido que para desafiliar a una persona del régimen subsidiado de salud se deben cumplir las siguientes reglas: (i) cuando la desafiliación de una persona del régimen subsidiado se debe a un cambio en su clasificación en el Sisben, ello debe estar precedido de una nueva encuesta que demuestre un cambio en la situación socioeconómica del individuo o grupo familiar, y (ii) la decisión de excluir a una persona o grupo familiar del sistema debe consignarse en un acto administrativo debidamente motivado, el cual debe ser notificado a los afectados para que puedan ejercer su derecho de defensa.

Solución del caso concreto.

29. Hechas estas consideraciones, pasa la Sala a determinar si en el presente caso CAPRESOCA EPS-S y/o la Secretaría de Salud del Municipio de Yopal vulneraron el derecho a la salud de la señora Elizabeth Hurtado Torres.

30. De las pruebas obrantes en el expediente y de las obtenidas en sede de revisión, así como del escrito de tutela de la accionante y la respuesta de CAPRESOCA EPS-S a la misma, se evidencia que:

* El 26 de abril la Secretaría de Salud de Yopal, mediante archivo denominado NS8500126042011, desafilió del régimen subsidiado de salud ante el FOSYGA, a la señora Hurtado Torres. 24

* El retiro realizado por la Secretaría de Salud de Yopal no consta en acto administrativo alguno, ni tampoco consta la notificación del retiro a la accionante.25

* El retiro obedeció, en términos del municipio, al hecho de que la accionante aparecía clasificada en el nivel III del SISBEN y dado que el Municipio de Yopal no tenía cupos para la modalidad de subsidio parcial decidió desafiliarla. Igualmente la desafilió por no encontrarla registrada en la base de datos validada por el Departamento Nacional de Planeación en la metodología y por depuración de la base de datos, motivada por las auditorías realizadas por los entes de control al municipio.26

* Para la fecha del retiro se encontraba recibiendo servicios médicos asistenciales en la IPS Prevenir Ltda.27

* El 18 de mayo de 2011 fue diagnosticada de catarata en el ojo único izquierdo y por lo tanto se ordena por parte del médico tratante la extracción de la misma.28

* La señora Elizabeth Hurtado Torres, se realizó la operación ordenada por sus propios medios, en razón de la desafiliación ordenada por la Secretaría de Salud del Municipio de Yopal y la urgencia de tratar su padecimiento.29

31. De conformidad con lo anterior, encuentra esta Sala que, tanto la EPS accionada, como el Municipio de Yopal, violaron el derecho a la salud de la señora Hurtado Torres, toda vez que con su actuación no se le garantizó el acceso efectivo a la salud al que tenía derecho.

32. En efecto, CAPRESOCA EPS-S suspendió súbitamente la prestación del servicio a la señora Hurtado Torres, sin tener en cuenta que la misma estaba recibiendo los servicios médicos en la especialidad de oftalmología, los cuales habían sido ordenados por su médico tratante y si bien en sus alegatos afirma que ello obedeció a la desafiliación realizada por el municipio, olvidó la EPS-S su obligación de garantizar el acceso a la salud, máxime cuando a la accionante venía recibiendo la atención en oftalmología.

En el presente caso, si bien la relación jurídico-formal había terminado, ello no implicaba la terminación automática de la relación jurídico-material porque, se repite, la accionante venía recibiendo la prestación de servicios de salud, en la especialidad de oftalmología, sin que a la fecha de la desafiliación se hubiese recuperado, vulnerando así el derecho a la salud de la accionante en su faceta de garantizar el acceso y la continuidad del servicio.

33. En el mismo sentido, encuentra la Sala que el Municipio de Yopal también vulneró el derecho a la salud de la accionante, al haberla desafiliado del régimen subsidiado basada en razones del todo ajenas a las establecidas en la ley y la jurisprudencia.

34. En efecto, tal como se indicó en las consideraciones atrás expuestas, el artículo 44 del Acuerdo 415 de 2009 estableció que se pierde la calidad de beneficiario del régimen subsidiado de salud, cuando se cumplen las condiciones definidas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios para pertenecer al Régimen Contributivo, y de conformidad con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, serán afiliados al sistema contributivo “las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago”, es decir, aquellas personas que cuentan con capacidad de pago.

35. Igualmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido la existencia de dos presunciones relativas a la capacidad de pago y al derecho a la salud según las cuales: (i) se presume la falta de capacidad económica en cabeza de los beneficiarios del SISBEN³⁰ y (ii) “(...) la carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación

que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.”³¹

36. De conformidad con lo anterior, se concluye que los argumentos expuestos por el municipio y que en su entender justifican la desafiliación de la accionante al régimen subsidiado, no se compadecen con las establecidas en la ley, por lo cual resulta evidente que la desvinculación realizada por dicho ente vulnera el derecho fundamental a la salud de la accionante, por cuanto se contraría el principio de universalidad que informa a todo el régimen de seguridad social en salud.

37. De igual manera, encuentra la Sala que las presunciones respecto de la capacidad de pago que obran a favor de la señora Elizabeth Hurtado Torres, no fueron desvirtuadas por el Municipio de Yopal, por lo cual no resulta válida la desafiliación del sistema.

38. Adicionalmente, encuentra esta Sala que la actitud adoptada por el municipio es a todas luces reprochable, puesto que esa misma entidad al haberle permitido a la accionante recibir los beneficios plenos del régimen subsidiado de salud desde 2007³² pese a estar clasificada en el nivel III del Sisben, generó en ella la confianza legítima de estar cobijada por dicho sistema, confianza que desquebrajó al desafiliarla del régimen subsidiado, arguyendo que obedeció a una depuración de la base de datos, sin siquiera informar de esta situación a la interesada. Considera la Sala que esta expectativa generada a la accionante debe ser respetada por el municipio, hasta tanto no se constate su capacidad de pago, que es, como se indicó anteriormente, la causal establecida por la Ley para poder desafiliar a cualquier persona del Régimen Subsidiado de Salud.

39. Así mismo, encuentra la Sala que el Municipio de Yopal vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la señora Hurtado Torres, puesto que la exclusión del régimen subsidiado de salud no la consignó en un acto administrativo debidamente motivado y por lo tanto tampoco se surtió la notificación a la accionante de dicha decisión, impidiendo que ésta ejerciera su derecho de defensa.

40. En consecuencia, la Corte ordenará a la Secretaria de Salud del Municipio de Yopal afiliar nuevamente a la señora Elizabeth Hurtado Torres al Régimen Subsidiado de Salud recibiendo los beneficios plenos del mismo, hasta tanto no desvirtúe las presunciones respecto de la capacidad de pago, realizando una nueva encuesta que demuestre un cambio en la situación

socioeconómica de la accionante, advirtiendo que debe en todo caso respetar el derecho al debido proceso de la señora Hurtado Torres.

En el mismo sentido la Corte ordenará a la EPS-S CAPRESOCA, garantizar el acceso a la totalidad de los servicios de salud que la señora Hurtado Torres requiera y que se encuentren dentro de los beneficios plenos del Régimen Subsidiado.

41. Respecto a la solicitud inicial de la accionante de autorizar y realizar la cirugía ordenada por el médico tratante, esta Sala estima que la misma carece de objeto puesto que, según se desprende de la información suministrada por la señora Hurtado Torres, la cirugía ya se realizó y sus gastos fueron sufragados por su cuenta.

42. En efecto, la accionante, ante la orden prescrita por su médico tratante, dados sus antecedentes médicos³³ y ante la negativa de la EPS-S de realizarle la cirugía, se vio en la necesidad de acceder a la cirugía sufragando sus costos, pese a no tener los recursos para ello.

43. De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal³⁴, se está en presencia de una carencia actual de objeto en aquellos eventos en los cuales la orden del juez “caería en el vacío³⁵”, puesto que la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales ha cesado, bien sea porque se ha reparado la amenaza o vulneración, caso en el cual se habla de un hecho superado o bien porque no se reparó la vulneración del derecho y por su falta de garantía se ha generado un daño, caso en el cual se está en presencia de un daño consumado.

44. Para el caso que nos ocupa y respecto de la solicitud inicial atrás referida, estamos frente a un evento de carencia actual de objeto por daño consumado, en la medida en que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no atendió la solicitud de acceso a servicios de salud realizada por la señora Hurtado Torres y pese a que la operación requerida ya fue realizada, lo cierto es que ello ocurrió como consecuencia de una vulneración a su derecho fundamental a la salud y a través de sus propios medios.

45. En cuanto a la solicitud de reembolso de los gastos en que incurrió la accionante con ocasión de la cirugía de cataratas³⁶ (los exámenes previos, la consulta médica y la intervención quirúrgica), es necesario tener en cuenta lo establecido por el artículo 25 del

Decreto 2591 de 1991:

Artículo 25. INDEMNIZACIONES Y COSTAS. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación.

La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considerara que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido.

Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad.

46. De conformidad con dicha normativa, los requisitos establecidos para que el juez de tutela pueda decretar la indemnización de perjuicios son: (a) que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para obtener la indemnización del perjuicio; (b) que la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria; (c) que la indemnización sólo cubija el daño emergente causado; (d) que la indemnización procede sólo cuando sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho, así como el pago de las costas del proceso.

47. Al realizar el análisis de dichos requisitos frente al caso concreto se encuentra, en primer lugar, que a través de dicho reembolso, que es lo mismo que hablar de la indemnización del daño emergente causado, no se asegura el goce efectivo del derecho. En efecto, considera esta Sala, que el goce efectivo del derecho a la salud se garantiza a través de la orden de afiliación al Régimen Subsidiado de Salud, pues a través de dicha orden se concreta el principio de universalidad que rige para el Sistema de Seguridad Social en Salud e igualmente se garantiza el derecho al acceso a los servicios de salud. Por demás, es claro

que precisamente la intervención médica que se echaba de menos ya fue realizada, razón por la cual en este aspecto concreto la situación de la solicitante ya ha sido superada.

48. En segundo lugar, en el presente caso no se advierte que la violación al derecho a la salud haya sido manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, pues entendió esta Sala que sí es posible desafiliar a cualquier persona del régimen subsidiado de salud siempre y cuando se realice de conformidad con lo establecido por el ordenamiento jurídico y con total respeto del debido proceso. Por ello se ordena la afiliación hasta tanto no se realice una nueva encuesta que determine la capacidad de pago de la accionante, quedando supeditada dicha orden de afiliación a los resultados de la nueva encuesta, sin que proceda por lo tanto la indemnización de perjuicios en sede de tutela para el caso concreto.

49. Finalmente, resulta claro que la señora Hurtado Torres cuenta con otros medios de defensa judicial para solicitar el citado reembolso. Al respecto resulta necesario precisar que esta Corporación ha establecido que la acción de tutela, en razón de su naturaleza subsidiaria y residual, no es el mecanismo adecuado para solicitar el reembolso de prestaciones de naturaleza económica.

50. En efecto, este Tribunal en la sentencia T-080 de 1998 estableció:

“Así entonces, si lo que se pretende mediante la tutela es obtener el reembolso de una suma determinada de dinero, cuando el demandante realmente ha efectuado el pago y asumido los costos pertinentes, este cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo, como lo es el de acudir ante la jurisdicción ordinaria, situación que hace improcedente la tutela.”³⁷

Posteriormente en la sentencia T-104 de 2000 reiteró la posición establecida en la sentencia anterior. Al respecto sostuvo:

“2.5. En cuanto a la pretensión relacionada con el reembolso de dineros gastados por el hijo de la afiliada en el tratamiento de su madre, en repetidas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha sostenido³⁸ que, en casos como en el presente la tutela sólo procede cuando la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio público de salud, amenaza o vulnera derechos fundamentales, en manera alguna para definir obligaciones en dinero, cuyo pronunciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, no es

posible obtener por vía de tutela el pago de dichas sumas, dado que existe un mecanismo alternativo de defensa judicial, al cual deberá acudir Ferney Vargas Herrera, si considera que tiene derecho a dicho reconocimiento.”

Finalmente, en la sentencia T-067 de 2009 se sostuvo un criterio semejante a los citados anteriormente. Al respecto la Corte indicó:

“Así, en sentencia T-104 de 2000 la Corte señaló:“(...) En cuanto a la pretensión relacionada con el reembolso de dineros gastados (...), en repetidas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha sostenido³⁹ que, en casos como en el presente la tutela sólo procede cuando la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio público de salud, amenaza o vulnera derechos fundamentales, en manera alguna para definir obligaciones en dinero, cuyo pronunciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, no es posible obtener por vía de tutela el pago de dichas sumas, dado que existe un mecanismo alternativo de defensa judicial, al cual [se] deberá acudir (...), si considera que [se] tiene derecho a dicho reconocimiento (...)”..

Por consiguiente, esta Sala de Revisión reitera una vez más que la tutela no procede para resolver controversias sobre derechos prestacionales u obligaciones dinerarias. Frente a éstas debe acudirse ante la jurisdicción ordinaria para que sean resueltas.”⁴⁰

51. Del recuento jurisprudencial precitado se concluye que el propósito de la acción de tutela es la salvaguarda de los derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones o amenazas ocasionadas por la acción u omisión de entidades, públicas o privadas, que tienen el deber constitucional y legal de prestar el servicio público de salud. En aquellas ocasiones en que la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero y no en la protección del goce efectivo del derecho, el camino constitucional y legal adecuado para tramitar este tipo de controversias es la jurisdicción ordinaria, salvo que se llegaren a presentar los estrictos requisitos enunciados por el ya referido artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que no se presentan en el caso bajo estudio.

52. En conclusión, encuentra esta Sala que la solicitud de reembolso de los gastos en que incurrió la accionante con ocasión de la realización de la cirugía de cataratas no procede por esta vía, en atención a las consideraciones previamente anotadas.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de instancia proferida el 12 de julio de 2011, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Yopal, la cual denegó el amparo del derecho a la salud de la accionante.

SEGUNDO.- TUTELAR el derecho fundamental a la salud y al debido proceso de la accionante y en consecuencia ORDENAR a la SECRETARIA DE SALUD DEL MUNICIPIO DE YOPAL que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, afilie nuevamente a la señora ELIZABETH HURTADO TORRES como beneficiaria del Régimen Subsidiado de Salud hasta tanto no desvirtúe las presunciones respecto de la capacidad de pago.

TERCERO.- ORDENAR a CAPRESOCA EPS-S prestar los servicios de salud que la accionante requiera, hasta tanto no se resuelva definitivamente la situación de la señora HURTADO TORRES.

CUARTO.- PREVENIR al MUNICIPIO DE YOPAL para que no reincida en actuaciones que desconozcan el derecho fundamental a la salud y al debido proceso, y que en aquellas situaciones en las que por orden de los entes de control deban depurar las bases de datos de afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, actúe de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

SEXTO.- Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 14 del Cuaderno No. 1.

2 Folios 3 y 4 del Cuaderno No. 1.

3 Acuerdo 415 de 2009 “Por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

4 Manifiesta la accionante que para cubrir dichos gastos debió recurrir a un préstamo, el cual en la actualidad esta pagando.

5 Folio 51 del Cuaderno Principal.

7 “ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

8 Al respecto, consultar, entre otras, las sentencias T-544 de 2002 y T-304 de 2005.

9 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

10 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso, la Corte tuteló el derecho de un menor a que el Hospital acusado lo siguiera atendiendo, pues consideró que “[la] interrupción inconveniente, abrupta o inopinada de las relaciones jurídico-materiales de prestación no se concilia con el estado social de derecho y con el trato que éste dispensa al ser humano”.

11 Corte Constitucional, sentencia T-059 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), en este caso se tuteló el derecho de un joven de 23 años a que no se interrumpiera el tratamiento que recibía por un problema de adicción que lo llevó a perder su cupo como estudiante, a pesar de que se le atendía en condición de beneficiario de su padre, por ser estudiante.

12 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

13 Sentencia T-127 de 2007 (MP MJCE), en este caso se resolvió que “(...) Coomeva EPS viola el derecho fundamental a la salud de Julián Orlando García Delgado al suspender el suministro de un tratamiento médico que requiere, antes de que éste haya sido efectivamente asumido por otro prestador.”

14 Sentencias T-1210 de 2003, T-1218 de 2004, T-351 de 2005, T-656 de 2005, T-015 de 2006, T-654 de 2006, T-125 de 2007, T-011 de 2008, entre muchas otras.

15 Al respecto ver la sentencia T-603 de 2010.

16 Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.

17 Artículo 8 de la Ley 100 de 1993.

18 Artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

19 Artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

20 El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” dispuso lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

a) Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción

21 El literal C del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece:

c) Los beneficiarios del nivel III del Sisbén que estén afiliados al Régimen Subsidiado mediante subsidios totales o parciales al momento de la entrada en vigencia de la presente ley y que hayan recibido su carné de régimen subsidiado de acuerdo a las reglas vigentes en el momento de la carnetización, mantendrán su condición siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para ser beneficiarios;

22 Al respecto ver las sentencias T-219 de 2002, T-230 de 2006, T-441 de 2006 y T-949 de 2006

23 De conformidad con el registro de la Base de Datos Unica de Afiliados del FOSYGA aportado por la accionante, Cuaderno No. 1, folio 25.

24 Según lo informado tanto por la Secretaría de Salud del Municipio de Yopal y CAPRESOCA EPS-S, Cuaderno Principal, folios 53, 58 y 59.

25 En auto del 1 de diciembre de 2011 el Magistrado Sustanciador solicitó al Municipio de Yopal remitir el acto administrativo por medio del cual desafilió a la señora Elizabeth Hurtado

Torres, así como la constancia de notificación a la interesada. El Municipio de Yopal, en respuesta a dicho auto no adjuntó el documento solicitado y tampoco hizo referencia al mismo.

26 Estas razones aparecen en el certificado anexado a la respuesta al Auto del 1 de diciembre de 2011, emitida por la Secretaría de Salud Municipal de Yopal, Cuaderno Principal, Folios 60 y 61.

27 De conformidad con lo informado por CAPRESOCA EPS-S, Cuaderno Principal, Folio 58.

28 De acuerdo con el informe de control de oftalmología expedido por a IPS Prevenir Ltda. y la orden proferida por el Médico Oftalmólogo William Felipe Pérez, Cuaderno No. 1, folios 3 y 4, así como del informe presentado por CAPRESOCA EPS-S el día 11 de enero de 2012, Cuaderno Principal, folio 56.

29 En respuesta al Auto del 1 de diciembre de 2011, la señora Hurtado Torres solicitó reintegro de los valores incurridos por concepto de examen de ponfotocoagulación, retina y cirugía de catarata y anexa oficio dirigido a la IPS Prevenir Ltda. en donde solicita se la realice la cirugía de forma particular. Cuaderno Principal, folios 20 y 43.

30 Ver al respecto, entre otras, la sentencia T-841 de 2004

31 Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-699 de 2002, T-447 de 2002, T-279 de 2002, T-113 de 2002.

32 De conformidad con los antecedentes del presente caso y de conformidad con la información suministrada por CAPRESOCA EPS-S, la accionante fue atendida en 2008 a través del régimen subsidiado de salud por el diagnóstico de cáncer en el ojo derecho.

33 Como se advierte al inicio de esta sentencia, a la señora Hurtado Torres fue necesario extraerle el ojo derecho en el año 2008, como consecuencia del diagnóstico de cáncer en el mismo.

34 Al respecto ver entre otras las sentencias T-448 de 2004, T-449 de 2008, T-170 de 2009, T-612 de 2009, T-083 de 2010 y T-963 de 2010.

35 Sentencia T-306 de 2009.

36 Esta solicitud la realizó en el escrito por medio del cual la accionante dio respuesta al Auto del 1 de diciembre de 2011.

37 La misma postura se sostuvo en la sentencia T-555 de 1998. En ese caso la accionante se encuentra afiliada por el Sistema de Medicina Prepagada a la entidad promotora de salud "Coomeva". Los médicos especialistas de esa entidad diagnosticaron que la demandante tenía un "Carcinoma ductal infiltrante" del seno derecho, que requería de la práctica de una "mastectomía" radical de ambos senos y de su reconstrucción inmediata con prótesis bilateral. El suministro de dichas prótesis no se halla contemplado en el contrato de Medicina Prepagada. En su tutela solicitó que se ordene al ISS el suministro de las prótesis mamarias que han sido ordenadas por los médicos especialistas y que se le reconozcan los costos económicos que ha asumido en razón de su enfermedad.

38 T-555 de 1998.

39 T-555 de 1998