

Sentencia T-1016/07

MENOR DISCAPACITADO-Protección constitucional especial

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reglas para resolver casos de afiliación múltiple

En los casos de múltiple afiliación de una persona es decir, tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado, las entidades involucradas deben dar aplicación a los criterios previstos en el artículo 50 del Decreto 806 de 1998 a efecto de determinar cuál de ellas deberá continuar garantizando la atención en salud del afiliado. Sin dar aplicación a estos criterios y sin haber definido la entidad de salud que continuará prestando los servicios, las empresas prestadoras de salud no pueden dar por terminada de manera unilateral la afiliación.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Caso en que existe doble afiliación

No es aceptable jurisprudencialmente que la Secretaría de Salud Municipal de Villavicencio no hubiera tenido en cuenta el estado de salud del menor, y que éste ya se encontraba desafiliado del régimen contributivo a partir del 19 de septiembre de 2006. Por tanto, la decisión de desafiliarlo unilateralmente del régimen subsidiado, tuvo como consecuencia la vulneración a los derechos fundamentales del menor a la salud en conexión con el derecho a la seguridad social.

Referencia: expediente T-1685386

Accionante: Zoraida Muñoz Sabogal en representación del menor Jhon Freddy Gélvez Muñoz

Procedencia: Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007).

La Sala Quinta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la tutela número T-1'685.386 acción promovida por la señora Zoraida Muñoz Sabogal, en representación de su hijo Jhon Freddy Gélvez Muñoz, contra la Secretaria de Salud Municipal de Villavicencio. El fallo fue proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio, el 05 de junio de 2007.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos:

La señora Zoraida Muñoz Sabogal, en representación de su hijo Jhon Freddy Gélvez Muñoz, interpuso acción de tutela contra la Secretaria de Salud Municipal de Villavicencio por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida, en razón a que la demandada desafilió a la accionante como a su familia del sistema de salud.

Para fundamentar su solicitud de amparo, puso de presente los siguientes hechos:

* Que su hijo de 10 años de edad, padece de retardo sicomotor y emiparecia derecha desde su nacimiento.

* Que estaba siendo tratado por el Dr. Ricardo García, médico ortopedista, quien le ordenó control y cirugía en la ciudad de Bogotá.

* Que a su hijo se le realizó la cirugía de la pierna derecha en el Instituto ROOSEVELT. Trascurrido un (1) año, al menor se le debía retirar el platino.

* Que también estaba siendo tratado por otros médicos. Estos fueron los siguientes: a) un ortopedista que le realizó la cirugía; b) un pediatra quien lo atendió en el Hospital Regional; y, c) un oftalmólogo quien lo trató en el Instituto SOMOS, Instituto donde quedó pendiente la cirugía para estrabismo.

* Que, el 16 de mayo del año en curso, al solicitar una cita para su hijo, la A.R.S. demandada le informó que había sido desvinculada al igual que el menor.

* Que solicitó, mediante escrito del 24 de abril del año en curso, la vinculación a la A.R.S. La entidad accionada señaló que no se había interpuesto el recurso de reposición en el momento indicado y por lo tanto, la resolución se encontraba ejecutoriada.

* Que es madre cabeza de familia, no tiene empleo, ni ingreso económico con el cual pueda cancelar los gastos que se requieren para el tratamiento de su hijo.

* Solicita amparar los derechos fundamentales de su hijo Jhon Freddy Gélvez Muñoz, y que en consecuencia se ordene a la Secretaria de Salud Municipal de Villavicencio vincularla tanto a ella como a su hijo a una A.R.S.

2. Contestación de la Entidad demandada

El 28 de mayo de 2007, el Secretario Local de Salud de la entidad demandada dio respuesta al Juzgado Primero Civil Municipal sobre los hechos de la acción de tutela, así:

“1. Es cierto parcialmente. Según se acredita con el registro civil de nacimiento, el menor tiene 10 años de edad. En lo que respecta a la patología que padece el menor JHON FREDDY GELVEZ MUÑOZ, no me consta, me atengo a lo que se pruebe.

(...)

5. No me consta. Me atengo a lo que se pruebe. Del documento expedido por el Instituto de Ortopedia Infantil ROOSEVELT, se establece que el menor JHON GELVEZ fue atendido por el médico ortopedista DAVID ALEJANDRO PARDO, el cual ordenó un plan de tratamiento.

(...)

8. Actualmente el menor JHON FREDDY GELVEZ, se encuentra excluido del Régimen Subsidiado, por encontrarse multiafiliado con el Régimen Contributivo.

9. De conformidad con la normatividad vigente, no es posible que las personas beneficiarias del Régimen Subsidiado, se encuentran multiafiliadas con el régimen contributivo, razón por la cual debió procederse a su desafiliación.

(...)

FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

La Secretaria Local de Salud adelantó el cruce de información entre las bases de datos de Régimen Subsidiado y Régimen Contributivo, ésta última, suministrada por la Secretaria Departamental de Salud mediante oficio fechado 07 de diciembre de 2005, estableciendo un total de 15.835 personas con múltiple afiliación a los regímenes contributivo y subsidiado, dentro de los cuales se encontraba el menor JHON FREDDY GELVEZ MUÑOZ.

(...)

Así mismo, el artículo 50 ítem 3 del Decreto Número 803 del 30 de abril de 1998 del Ministerio de salud establece: “Cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el Régimen contributivo y en el Régimen Subsidiado, se cancelará la inscripción al Régimen Subsidiado.

Sin embargo, de conformidad con la certificación expedida por la EPS HUMANA VIVIR, se establece que en el Régimen Contributivo desafiliaron al menor con ocasión de la MULTIAFILIACIÓN, siendo que según lo ordena el Decreto 803 de 1998 se debe cancelar la inscripción en el Régimen Subsidiado y no en el Régimen Contributivo, situación esta que por

el contrario, prueba que efectivamente el menor se encontraba multiafiliado en el Régimen Contributivo.”

3. Pruebas

- Copia del carné del Sistema de identificación y clasificación de potenciales beneficiarios para programas sociales de Villavicencio (Meta). Este carné está a nombre de la señora Zoraida Muñoz Sabogal, en el nivel 1, puntaje 6.64. Y fue expedido el 02/10/2007, y tiene como fecha de vencimiento el 02/09/2009.

- Copia del carné del Sistema de identificación y clasificación de potenciales beneficiarios para programas sociales de Villavicencio – Meta, a nombre del menor Jhon Freddy Gélvez Muñoz, nivel 1, puntaje 13.08 y tiene fecha de expedición: 02/10/2007, y de vencimiento: 02/09/2009.

- Copia del registro de nacimiento del menor Jhon Freddy Gélvez Muñoz donde consta que la fecha de nacimiento es 24 de marzo de 1997.

- Resolución N° 006 de 19 de febrero de 2007 de la Alcaldía de Villavicencio, Secretaria Local de Salud, por medio de la cual se ordena la exclusión de los afiliados del Régimen Subsidiado, que han sido identificados con múltiple afiliación a los regímenes contributivo y subsidiado.

- Escrito dirigido al Jefe Oficina Asesora de comunicaciones de la Alcaldía de Villavicencio fechado 20 de febrero de 2007, donde el Secretario local de Salud adjuntó el comunicado de prensa para que la oficina asesora de comunicaciones diera difusión masiva en los diferentes programas radiales del municipio de Villavicencio.

- Comunicado de prensa de la Secretaria de Salud, Dirección de Seguridad Social, Alcaldía de Villavicencio, que a la letra dice:

“La SECRETARIA LOCAL DE SALUD, informa a TODOS LOS AFILIADOS AL REGIMEN SUBSIDIADO, que el próximo martes 27 de febrero de 2007 se publicará en el Semanario Llano 7 días el Listado de 15.835 Usuarios que se identificaron con múltiple afiliación a los Regímenes Contributivo y Subsidiado, los cuales fueron excluidos mediante Resolución N° 006 de febrero 19 de 2007 (la cual se anexa para lectura).

De igual manera se permite informar que para efectos de facilitar la consulta de este listado, este permanecerá publicado por 20 días en:

- La cartelera de la Secretaría Local de Salud, ubicada en el 5º, Piso de la Alcaldía de Villavicencio.
- Las carteleras de las IPS de la ESE MUNICIPAL: Esperanza, Recreo, Porfía, Popular, Porvenir, San José y Comuneros.
- Las Carteleras de las EPS del Régimen Subsidiado: Cajacopi, Caprecom, Comparta, Ecoopsos, Mallamas, Salud Cóndor y Solsalud.”
- Certificado de la EPS HUMANA VIVIR, Dirección de Servicio al Cliente de 13 de marzo de 2007, manifestando lo siguiente:

“Que el (la) señor (a): GELVEZ MUÑOZ JHON FREDDY

Identificado : 97932424718508

Clase de afiliación: BENEFICIARIO

Contrato: 13447 176

IPS Asignada: PREVIMEDIC BARZAL

Fecha de Vigencia: 19/08/2006

Estado: DESAFILIADO RETIRO POR MULTIAFILIACION

Semanas: _____

Beneficiarios: _____

Observaciones: Válido para trámites de régimen subsidiado o Sisben.”

- Solicitud que realiza la accionante a la Secretaria Local de Salud para que le reactiven los servicios de régimen subsidiado fechado 23 de abril de 2007, en el escrito manifiesta lo siguiente:

“Por medio de la presente me dirijo a usted, con el fin de comunicar que actualmente mi hijo se encuentra retirado de alguna EPS, información que está errada en su sistema, por tal motivo presento por escrito el certificado de la desafiliación de HUMANA VIVIR EPS, para poder ser vinculado (sic) de nuevo a cualquier ARS ya (sic) en la que estaba fue cerrada, para que brinde la cobertura en salud a JHON FREDY (sic) GELVEZ MUÑOZ. Porque este es un derecho para todos.

Lo anterior es porque (sic) este presenta retardo sicomotor y emiparecia derecha, además que esta en la mitad de un tratamiento especializado médico (ortopedista y pediatra con controles en la ciudad de Bogotá en el Instituto Roosevelt por cirugía) y no tengo los recursos económicos necesarios para continuárselo.”

- Respuesta de la Directora Técnica de Seguridad Social de la Secretaria Local de Salud fechada 7 de mayo de 2007, informando lo siguiente:

“... que una vez verificada la base de datos de la Secretaria Local de Salud del Municipio de Villavicencio, se logro establecer que el menor JHON FREDY (sic) GELVEZ MUÑOZ fue identificado con múltiple afiliación en el Régimen Contributivo y subsidiado excluido mediante resolución N° 006 de febrero 19 de 2007.

Por tal razón y teniendo en cuenta que usted no interpuso recurso de reposición en el término previsto, no es posible acatar a su solicitud, ya que a la fecha la Resolución N° 006 de febrero 19/2007 quedo ejecutoriada.

Así mismo manifestó que el procedimiento que adelantó la Secretaria Local de Salud respecto de los 15.835 usuarios que fueron identificados como multiafiliados fue el siguiente:

* Expedición de la Resolución 06 del 19 de febrero de 2007.

* Dos publicaciones del listado de lo (sic) 15.835 usuarios en el periódico llano 7 días.

* Fijación del edicto y el listado de los 15.835 usuarios en las carteleras de los centros de salud de la empresa Social del Estado (del 27 de febrero al 03 de abril de 2007).

* Fijación del edicto y el listado de los 15.835 usuarios en las carteleras de la E.P.S. del Régimen Subsidiado que actualmente sostienen contrato con este Municipio.

* Comunicado de prensa en los medios radiales de la ciudad.

* Se adoptó un plan de contingencia para la recepción de los recursos de reposición con punto de atención en el teatro rosita hoyos de mejía el día 17 de febrero al 04 de abril de 2007.”

4. Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio, en providencia del 5 de junio de 2007, negó la acción de tutela. Consideró que correspondía al juez constitucional analizar cada caso en particular, a efecto de establecer si la suspensión de la afiliación del servicio de salud comprometía los derechos fundamentales del menor.

Afirmó el citado juzgado que la accionante no había demostrado que al menor Jhon Freddy Gélvez se le hubiera negado la prestación de los servicios médicos requeridos. Por tanto, no existió vulneración a los derechos fundamentales del menor por parte de la Secretaría de Salud Municipal de Villavicencio.

Finalmente, señaló que la entidad demandada no había vulnerado derecho fundamental alguno al menor Jhon Freddy Gélvez, puesto que había dado cumplimiento a la normatividad que rige lo referente a los afiliados que aparecen con multiafiliación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia.

Esta Sala de Revisión es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

B. Fundamentos jurídicos

1. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar: si los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y la seguridad social del menor Jhon Freddy Gélvez Muñoz han sido vulnerados por la Secretaria de Salud Local de Villavicencio al negarse a prestar los servicios de salud al existir doble afiliación.

Esta Sala, para resolver el problema jurídico planteado en la presente providencia, desarrollará los siguientes temas:

a. En primer lugar, la Corte analizará el Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, los regímenes contributivo y subsidiado en lo relativo a la multiplicidad de afiliación.

c. Y en segundo lugar, la Corte se detendrá en el estudio del derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud y su protección constitucional.

2. Sistema General de Seguridad Social en Salud, (regímenes contributivo y subsidiado), reglas para resolver casos de múltiple afiliación

Conforme lo establece la Constitución Política¹, la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, al que le corresponde organizar, dirigir y reglamentar su prestación, a fin de asegurar que todas las personas puedan acceder sin restricciones a sus servicios.

Por su parte, la Ley 100 de 1993², en desarrollo de la citada disposición superior, consagra el derecho que les asiste a todos los colombianos de participar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de:

El Régimen Subsidiado³, cuyo propósito es el de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad económica para cotizar. El mismo se integra por el conjunto de normas que rigen la vinculación, cuando la misma se hace mediante el pago de una cotización subsidiada total o parcialmente con los recursos fiscales o del fondo de solidaridad y garantía, y eventualmente, con los recursos de los afiliados en la medida de sus capacidades.

En el Régimen Subsidiado, la atención médica requerida por el afiliado es prestada por empresas administradoras del régimen subsidiado en salud (ARS), las cuales pueden ser: 1) Entidades Promotoras de Salud -EPS- de naturaleza pública, privada o mixta, 2) Empresas Solidarias de Salud -ESS- y 3) Cajas de Compensación Familiar, que cumplan con los

requisitos legalmente establecidos para garantizar la eficiente prestación del servicio.

Cuando el beneficiario del régimen subsidiado requiera servicios adicionales a los incluidos en dicho plan y no tenga capacidad de pago para asumir su costo, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.

En este sentido, la Ley 715 de 2001 consagra que los Departamentos y Distritos Especiales deben garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad los cuales son asumidos por los Municipios. En efecto, estas entidades territoriales a través de las ARS o en forma directa cuando está excluido del POS-S, deben garantizar la atención, tratamientos y rehabilitaciones en salud del primer nivel. Los niveles II, III y IV están a cargo de los departamentos y distritos especiales, quienes celebran contratos con las ARS para la atención del POS-S y con las entidades públicas y privadas que atenderán, en consideración con el subsidio de oferta, los tratamientos y dolencias excluidas del plan obligatorio de salud subsidiado.

Por el contrario, cuando el tratamiento médico solicitado está incluido en el POS-S, las ARS están obligadas a otorgar sus prestaciones, pues las administradoras desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo, ya que dentro de sus funciones están “organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados (...) Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras de servicios y profesionales de salud”.

Por otra parte, y en estrecha relación con lo anteriormente expuesto, esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela procede para proteger el derecho a la salud de los menores de edad, en aquellos casos en que a pesar de no estar excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S) el medicamento, diagnóstico o tratamiento requerido, el mismo es negado sin justificación válida por las entidades públicas o privadas encargadas de su prestación. Para el efecto, esto es, para lograr la viabilidad de la acción de amparo constitucional, es indispensable acreditar:

“1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o reglamentaria, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado⁴, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios, medicina prepagada, etc.).

4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

De acuerdo al cumplimiento de los presupuestos enunciados, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, ha inaplicado aquellas disposiciones que, o bien restringen la entrega de medicamentos, o bien impiden la aplicación de ciertos tratamientos médico-quirúrgicos.

Asimismo, deberá ahora evaluarse si en el caso concreto se presentan las condiciones antes señaladas, con el fin de determinar la procedencia del amparo solicitado.

3. Reglas para resolver casos de múltiple afiliación

El Decreto 806 de 1998, en el artículo 48, señala que una persona no puede estar afiliada más de una vez al Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que ello generaría distorsiones en la sostenibilidad económica del mismo.⁵

Sin embargo, la reglamentación no establece un determinado procedimiento para desafiliar a quien se encuentre afiliado a múltiples Empresas Promotoras de Salud. Sin embargo, las reglas previstas por el mismo decreto sugieren la necesidad de seguir un procedimiento en el

que la entidad compruebe, en cada caso, las razones de la múltiple afiliación, pero la autoriza para cancelar el contrato automática y unilateralmente. El artículo dice lo siguiente:

“Artículo 50. Reglas para la cancelación de la afiliación múltiple. Para efectos de cancelar la afiliación múltiple, las Entidades Promotoras de Salud y las adaptadas aplicarán las siguientes reglas:

- Cuando el afiliado cambie de Entidad Promotora de Salud antes de los términos previstos en el presente decreto, será válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales. Las demás afiliaciones no serán válidas.
- Cuando la doble afiliación obedezca a un error no imputable al afiliado, quien solicitó su traslado dentro de los términos legales, se tendrá como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó.
- Cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado.”

Al respecto, esta Corporación ha manifestado que el procedimiento a seguir por las Empresas Promotoras de Salud es la de garantizar como mínimo los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política.

Efectivamente, la entidad debe comunicar al afiliado la situación de múltiples afiliaciones y darle la oportunidad de explicar las razones por las que aparece en diferentes Empresas Promotoras de Salud. El derecho al debido proceso y el derecho a la defensa son garantías constitucionales que deben observarse siempre.

En un caso similar, la Corte manifestó que en ningún caso la múltiple afiliación de una persona al sistema de salud permite a las entidades que prestan éste servicio cancelar su vinculación de manera unilateral y sin que previamente se defina la E.P.S. o A.R.S. a la que el afectado continuará afiliado. En efecto, no existe en la reglamentación del sistema una norma que disponga tal consecuencia.⁶

4. Protección Especial de los menores con discapacidad

La Constitución Política de 1991, en su artículo 44 propende de manera especial a proteger los derechos fundamentales de los menores, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la familia, a la vivienda, a la educación y a la seguridad social, que tienen en sí mismos el carácter de fundamentales y deben ser protegidos de manera preferente.

Al respecto la Sentencia T-608 de 2007, señaló lo siguiente:

“La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13).

Al amparo de la previsión del artículo 13 de la Carta, que impone al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, las autoridades deben emprender acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados, categoría dentro de la cual cabe incluir a los discapacitados, y de manera particular, cuando se encuentran en condiciones de pobreza.

En esta materia, la Corte ha puesto de presente que, por un lado, los discapacitados gozan de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la igualdad, razón por la cual resulta contrario a la Carta todo tratamiento discriminatorio por razón de la discapacidad. En la Sentencia T- 826 de 2004 la Corte puntualizó que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional las personas no pueden ser discriminadas por razón de su discapacidad⁸, y que por ello “... esta Corporación, desde sus primeras sentencias, ha señalado que los tratos diferentes desfavorables por razón de la discapacidad se presumen inconstitucionales.” Puso de presente la Corte que en la Sentencia T-427 de 1992, se indicó que la especial protección que la Carta dispensa a los discapacitados, “tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada”⁹, por lo cual, “en dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.”¹⁰

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la Constitución no sólo protege a los discapacitados contra eventuales tratamientos discriminatorios sino que, en atención a la situación de debilidad en que se encuentran estas personas, ordena a las autoridades que tomen acciones afirmativas en su favor, a fin de que logren la plena igualdad e integración en la sociedad, mandato que no sólo está previsto de manera general en el artículo 13 superior, sino que ha sido desarrollado en otras disposiciones constitucionales como la del artículo 47, que prescribe la obligación en cabeza del Estado de “adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”, o la del artículo 68 superior, conforme a la cual constituye una obligación especial del Estado la “erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales”.

En este contexto, la Corte ha precisado que “... por lo menos dos tipos de situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de los discapacitados. Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad.”¹¹ En ese orden de ideas la Corte ha enfatizado en la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y ha puntualizado que la omisión de esa diferenciación positiva puede constituir una medida discriminatoria.¹²

Por otra parte, la Constitución consagra que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Dentro de ese régimen de corresponsabilidad, la jurisprudencia constitucional ha destacado que corresponde en primer lugar a los padres el cuidado de los menores, papel en el que deben contar con el apoyo de la sociedad y del Estado y que este último debe concurrir en subsidio de esa responsabilidad primigenia de aquellos a cuyo cargo está la custodia del menor.¹³

5. El derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política¹⁴, la seguridad social debe

ceñirse a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera en los términos que establece la ley, y según el artículo 365 ibídem, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado el cual tiene el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

El Sistema General de Seguridad Social en salud se encuentra igualmente regido por unos principios especiales de origen legal entre los que se destaca el de la “continuidad en el servicio”, el cual corresponde a un desarrollo de los principios constitucionales de eficacia y universalidad, cuyo fin es garantizar que las personas afiliadas o vinculadas accedan a una atención en salud de forma ininterrumpida, constante y permanente en aras de garantizar la protección de sus derechos a la vida y a la salud.

Esta Corporación, ha manifestado que la continuidad en la prestación de los servicios de salud comprende el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones o suspensiones en la prestación de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que se requieran, según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario, sin justificación válida. Por lo que es claro que el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud exige entonces que tanto las entidades públicas como las privadas que tienen la obligación de satisfacer su atención, no pueden dejar de asegurar la prestación permanente y constante de sus servicios, cuando con dicha actuación pongan en peligro los derechos a la vida y a la salud de los usuarios.

Este derecho se intensifica en los casos de menores. En efecto, en la Sentencia T-573 de 2005¹⁵ se protegió el derecho fundamental a la salud de un menor de edad, ordenando al Seguro Social -Seccional Santander- suministrar los medicamentos y reanudar el tratamiento médico requerido para tratar la epilepsia que padece. La Corte al respecto dijo:

“El derecho fundamental a la salud y en este orden de cosas, la posibilidad de que el joven Alveiro Rojas Lozano lleve una vida digna en condiciones de normalidad, se encuentran en riesgo serio e inminente en virtud de la negativa por parte del ISS Seccional Santander de continuar con el tratamiento iniciado y de suministrar las drogas recetadas. El tratamiento neurológico, así como la necesidad de ingerir los medicamentos recetados, son definitivos para controlar los ataques intempestivos de epilepsia que sorprenden al joven en cualquier momento del día o de la noche, que obstaculizan la posibilidad de llevar una vida digna y de

calidad y lo ponen en una situación de completa dependencia e indefensión”.

Lo anterior, debido al carácter fundamental que tiene el derecho a la salud de los menores, según lo previsto en el artículo 44 Superior. Desde esta perspectiva, el requisito en comento resultará acreditado cuando la ausencia de la prestación médico asistencial involucre una afectación del bienestar físico, mental o social de los niños.

III. CASO CONCRETO

En el presente caso tanto la señora Zoraida Muñoz Sabogal como su hijo Jhon Freddy Gélvez Muñoz de 10 años de edad, quien padece de retardo sicomotor y emiparecia derecha desde su nacimiento, fueron desvinculados de la A.R.S. a la cual se encontraban afiliados.

Por lo anterior, la accionante debido al estado de salud en que se encuentra su hijo, acudió ante la Secretaría de Salud Municipal de Villavicencio con el fin de solicitar la afiliación de su hijo a una A.R.S. y así, poder darle continuidad al tratamiento que venía recibiendo.

La respuesta de la Secretaría de Salud Municipal fue negativa debido a que la accionante y su hijo aparecían con multiafiliación es decir, aparecían en el sistema, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado.

Ante la negativa de la entidad demandada, la accionante manifestó que la información que reposaba en el sistema era errada ya que, para el día 23 de abril del presente año su hijo se encontraba desafiliado a la E.P.S. Humana Vivir. Lo anterior se demuestra con el escrito de la misma E.P.S, en que se manifiesta que su hijo se encontraba desafiliado desde el 19 de septiembre de 2006.

Efectivamente, la entidad demandada manifestó ante el juzgado de instancia que de conformidad con la certificación expedida por la E.P.S. Humana Vivir se establecía que el menor Jhon Freddy fue desafiliado del régimen contributivo por estar multiafiliado, aclarando que lo que ordenaba el Decreto 806 de 1998 era que por encontrarse multiafiliado debió haberse desafiliado, en primer lugar, del régimen subsidiado.

Sin embargo, la Secretaría de Salud no tuvo en cuenta que el menor efectivamente se encontraba desafiliado del régimen contributivo desde el 19 de septiembre de 2006, y pese a esto, para el 19 de febrero de 2007, mediante Resolución, excluyen a todos los afiliados al

régimen subsidiado, entre los cuales, se encontraban la accionante y su hijo.

Por tanto, la Sala encuentra probado: a) Que la accionante mediante escrito de 23 de abril del presente año probó que su hijo se encontraba desafiliado de la E.P.S. Humana Vivir desde el 19 de septiembre del año 2006; b) Que la señora Zoraida Muñoz y su hijo aparecen como potenciales beneficiarios para programas sociales del SISBEN del nivel 1; c) Que el menor Jhon Freddy Gélvez tiene retardo sicomotor y emiparecia derecha y se encontraba en tratamiento especializado en ortopedia y pediatría, recibía controles en la ciudad de Bogotá en el Instituto Roosevelt para realizarle una cirugía; y, d) Que mediante la Resolución N° 006 de 19 de febrero de 2007, tanto la accionante como su hijo fueron excluidos del régimen subsidiado por múltiple afiliación.

Por lo anterior, la Sala considera que en el presente caso es procedente el amparo tutelar, por cuanto Jhon Freddy Gélvez en su condición de menor de edad (10 años), requiere una especial protección por parte del Estado, en atención a sus graves problemas de salud y la situación económica por la que atraviesa la señora Zoraida Muñoz Sabogal.

Consecuentemente, como ha sido precisado por esta Corporación¹⁶, en ningún caso la múltiple afiliación de una persona al sistema de salud permite a las entidades de salud cancelar su vinculación de manera unilateral y sin que previamente se informe y defina a qué otra entidad se puede afiliar.

Además, cuando dichas entidades procedan a dar aplicación a los criterios antes indicados, deben garantizar el derecho al debido proceso de sus afiliados y permitirles, en consecuencia, ejercer su derecho de defensa.

En efecto, en los casos de múltiple afiliación de una persona es decir, tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado, las entidades involucradas deben dar aplicación a los criterios previstos en el artículo 50 del Decreto 806 de 1998¹⁷ a efecto de determinar cuál de ellas deberá continuar garantizando la atención en salud del afiliado.

Sin dar aplicación a estos criterios y sin haber definido la entidad de salud que continuará prestando los servicios, las empresas prestadoras de salud no pueden dar por terminada de manera unilateral la afiliación.

Al respecto en un caso similar, esta Corporación señaló que las entidades que realizan desafiliaciones unilateralmente, deben permitirles a los afiliados ejercer su derecho de defensa, y a su vez, están obligadas a mantener las bases de datos actualizadas de tal manera, que no sean los afiliados los afectados por el manejo interno que tienen dichas entidades.

En la Sentencia T-806 de 2007¹⁸, se analizaron los temas de actualización de la base de datos y la multiafiliación a las entidades de salud, así:

“Sin embargo, corresponde a esta Sala llamar la atención tanto de FAMISANAR EPS como de SALUDCOOP EPS en la medida en que es su deber mantener unas bases de datos actualizadas con relación a las afiliaciones que se lleven a cabo, o, por lo menos, supervisar a la empresa en quien se delegue dicha función, pues no es admisible, que en los escritos iniciales presentados en la tutela, aparezca el accionante desvinculado de Famisanar por falta de aportes, luego afiliado por la definición de la multiafiliación y finalmente afiliado a SALUDCOOP desde 2004.

En ese orden de ideas, se le recuerda a las entidades involucradas en esta tutela que para hacer cierto el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (Art. 49 C.P.) y la garantía a todos los habitantes del derecho irrenunciable a la seguridad social (Art. 48 C.P.), es menester asegurar por parte de las entidades que administran bases de datos de sus usuarios, que los procesos de recolección, tratamiento y circulación de la información acaten los principios sobre gestión de datos personales, junto con la implementación de instrumentos eficaces destinados a que los afiliados ejerzan las facultades de conocimiento, actualización y rectificación¹⁹.

Así las cosas, se torna obligatorio que las entidades que participan en el sistema de seguridad social incluyan de forma inmediata las novedades respecto de sus afiliados, ya que la mora en el registro de nuevos reportes es contraria a los principios de veracidad, integridad y, en especial, de incorporación del dato personal. Cuando de la inclusión de datos se derivan situaciones ventajosas para el titular, como es la posibilidad de obtener el pago de prestaciones económicas o el suministro de los servicios médicos asistenciales derivados de la afiliación al sistema de seguridad social, la mora en el registro de la información actual sobre el cotizante constituye una forma de negación injustificada de la incorporación del dato

que reporta el beneficio, fundada en la propia negligencia de la entidad correspondiente, comportamiento que vulnera el derecho en comento.20”

En consecuencia, la Corporación procederá a revocar el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio y a tutelar los derechos invocados por el demandante en representación de su menor hijo Jhon Freddy Gélvez Muñoz.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo del Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio, del 05 de junio de 2007.

SEGUNDO: CONCEDER la acción de tutela a la señora Zoraida Muñoz Sabogal en representación de su hijo Jhon Freddy Gélvez Muñoz para proteger el derecho a la vida, seguridad social e integridad física y en consecuencia, ordenar a la Secretaria de Salud Municipal de Villavicencio que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, preste y cubra completamente el servicio de salud requerido por el menor Jhon Freddy Gélvez Muñoz y gestione la correspondiente afiliación del mismo a la entidad de salud que le corresponda bajo el régimen subsidiado.

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

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Artículo 49.

2 Artículo 157.

3 Al régimen subsidiado pertenecen las personas integrantes de los estratos 1 y 2, es decir, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, con especial énfasis: las madres durante el embarazo, parto, postparto y lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los artistas y deportistas, los trabajadores y profesionales independientes, los toreros y sus subalternos, los periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

4 Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Ver al respecto las sentencias T-1313 de 2001 y C-800 de 2003.

6 Sentencia T-1313 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Además, agregó la providencia, “cuando las EPS procedan a dar aplicación a los criterios antes indicados, deben garantizar el derecho al debido proceso de sus afiliados y permitirles, en consecuencia, ejercer su derecho de defensa”.

7 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Ver, por ejemplo, la Sentencia T-429 de 1992

9 Sentencia T-427 de 1992

10 Ibidem.

11 Sentencia C-174 de 2004. Ver las Sentencia T-288de 1995 y T-378 de 1997

12 Sentencia C-401 de 2003

13 Ibídem.

14 Artículos 48 y 49.

15 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

16 Sentencia T-1313 de 2001. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

17 ARTICULO 50. REGLAS PARA LA CANCELACION DE LA AFILIACION MULTIPLE. Para efectos de cancelar la afiliación múltiple, las Entidades Promotoras de Salud y las adaptadas aplicarán las siguientes reglas:

- Cuando el afiliado cambie de Entidad Promotora de Salud antes de los términos previstos en el presente decreto, será válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales. Las demás afiliaciones no serán válidas.

- Cuando la doble afiliación obedezca a un error no imputable al afiliado, quien solicitó su traslado dentro de los términos legales, se tendrá como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó.

- Cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado.

18 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

19 Sentencias T-307 y T-463 1999, T-003 de 2000, T-190 de 2001 y T-258 de 2002.

20 Sentencia T-486 de 2003.