

T-192-19

Sentencia T-192/19

AFILIACION AL REGIMEN SUBSIDIADO DE POBLACION POBRE Y VULNERABLE QUE RESIDE EN EL TERRITORIO NACIONAL

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE-Reiteración de jurisprudencia

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Requisitos de afiliación

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SERVICIO DE SALUD-Cobertura para los residentes en todo el territorio nacional

SISBEN COMO INSTRUMENTO DE FOCALIZACION DEL REGIMEN SUBSIDIADO DEL SGSSS-Reglas de organización, implementación y administración del sistema conforme a Decreto 441/17

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Inconsistencias no pueden tomarse como prueba suficiente para afirmar que se faltó a la verdad

Acción de tutela impetrada por María Ruth Pescador Chalarca, en calidad de agente oficiosa de Cruz Elena Grisales Cano, en contra de la EPS-S ASMET SALUD.

Procedencia: Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pereira.

Asunto: Afiliación al Sistema de Seguridad Social de Salud.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y por las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de única instancia proferido el 19 de febrero de 2018 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pereira mediante el cual se negó el amparo.

El asunto llegó a esta Corporación por la remisión que hizo la única instancia constitucional, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 86 de la Constitución y en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 12, mediante auto del catorce (14) de diciembre de 2018, escogió el asunto para su revisión.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos y pretensiones

1. La señora Cruz Elena Grisales Cano, de 40 años de edad, padece insuficiencia renal crónica.
2. El 12 de enero de 2018, debido a una urgencia vital por síndrome bronco obstructivo[1] tuvo que ser remitida desde el Hospital San Vicente de Paúl del municipio de Santuario, Risaralda, hacia la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira donde fue hospitalizada[2].
3. Para el momento de su hospitalización la paciente no se encontraba afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud – en adelante SGSSS – ni como contribuyente ni como beneficiaria del régimen contributivo o subsidiado[3].

4. El 12 de enero de 2018, la paciente fue encuestada para procurar su afiliación al Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales – en adelante Sisbén –. No obstante, pese a solicitar a la EPS-S Asmet Salud su afiliación en salud por el régimen subsidiado, su solicitud fue negada debido a que la capacidad para realizar afiliaciones de la demandada se encontraba restringida por una medida especial de vigilancia que había sido impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud mediante la Resolución 287 de 2017[4].

Por esta razón, la EPS-S Asmet Salud señaló que las encargadas de velar por la prestación del servicio de salud a la señora Grisales Cano eran la Secretaría de Salud Departamental y la EPS-S Medimás[5].

5. Una vez el estado de salud de la paciente mejoró, los médicos tratantes del Hospital San Jorge adujeron que “pueden darle de alta a fin de poder seguir recibiendo tratamiento médico en casa a fin de evitar problemas de bacterias dentro del hospital”[6]. Además, indicaron que requerían de la habitación para continuar con la prestación de los servicios. Sin embargo, señalaron que para darle de alta, la paciente debía “estar protegida por la seguridad social subsidiada”[7].

6. El 6 de febrero de 2018, la señora María Ruth Pescador Chalarca, como agente oficiosa de Cruz Elena Grisales Cano, interpuso acción de tutela en contra de EPS-S Asmet Salud por considerar que vulneró su derecho fundamental a la seguridad social al no afiliarla. La agente oficiosa solicitó que se ordene a la EPS-S realizar su afiliación y prevenirla para que no vuelva a incurrir en estas conductas.

B. Actuación procesal

Repartida la acción de tutela, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pereira la admitió mediante Auto del 6 de febrero de 2018, y ordenó vincular a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, a la Alcaldía de Santuario (Risaralda) y al Departamento Nacional de Planeación por considerar que estas entidades podrían verse afectadas por el fallo de tutela.

Respuesta de la entidad demandada[9]

Mediante escrito del 13 de febrero de 2018, el Gerente Jurídico de la Asociación Mutual la Esperanza ASMET SALUD ESS EPS-S contestó a la acción de tutela y señaló que, debido a una medida especial de vigilancia impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud mediante la Resolución 287 de 2017, su capacidad para realizar afiliaciones se encontraba limitada. Agregó que, por esta razón, resultaba fundamental requerir a la Secretaría de Salud Departamental y vincular a Medimás EPS-S “con el fin de que adelanten las gestiones pertinentes para realizar la afiliación de la accionante para que pueda acceder a los servicios de salud, ya que como quedó expuesto, actualmente nos encontramos con una medida especial impuesta por la Superintendencia de Salud”[10].

Intervenciones de las entidades vinculadas

Departamento Nacional de Planeación[11]

Mediante escrito del 8 de febrero de 2018, el Departamento Nacional de Planeación – en adelante DNP – señaló que la señora Cruz Elena Grisales Cano (la accionante agenciada) no se encuentra reportada en la base certificada del Sisbén. Además, que si la accionante lo considera necesario puede solicitar la encuesta Sisbén ante la oficina respectiva en Pereira, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.8.3.1 del Decreto 441 de 2017, o ante la oficina del Sisbén del municipio o distrito en el que actualmente resida.

La entidad agregó que no tiene a su cargo la prestación de servicios y la realización de encuestas del Sisbén, pues su función se limita a la definición, formulación, seguimiento y evaluación de las políticas del sector salud. Por esta razón, concluyó que el objeto tutelado desborda su ámbito de competencia y solicitó que se declare probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del DNP.

Alcaldía Municipal de Santuario[12]

Mediante escrito del 13 de febrero de 2018, el alcalde del Municipio de Santuario señaló que no fue la Alcaldía la que incurrió en la omisión que genera la violación de los derechos fundamentales de la actora. De este modo, solicitó que se declare que el municipio no ha vulnerado sus derechos fundamentales y que, en consecuencia, se desvincule a la entidad

del presente proceso por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Secretaría de Salud Departamental[13]

Mediante escrito del 14 de febrero de 2018, la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda indicó que no le corresponde a la entidad gestionar ni ordenar la afiliación, traslado o retiro de una persona al Sisbén y que, por el contrario, dicho trámite debe ser adelantado ante el municipio de Santuario por cuanto “la encuesta, inclusión, y asignación de una EPS-S es competencia única y exclusiva de los municipios, de conformidad con lo ordenado por la Ley 715 de diciembre 21/2001 (...)”[14].

C. Decisiones objeto de revisión

Mediante sentencia del 19 de febrero de 2018, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pereira negó el amparo de los derechos a la salud y seguridad social de la actora, y la conminó a gestionar su afiliación al Sistema General de Seguridad Social ante una entidad promotora de Salud, ya sea del régimen subsidiado o contributivo.

Lo anterior dado que el juez constitucional tuvo conocimiento, mediante llamada telefónica, que “desde el día 15 de febrero de 2018 la agenciada fue dada de alta (...) y que cuando su estado de salud se establezca aún más, ella se dirigiría a las entidades para tramitar su afiliación a una EPS-S”[15]. Pese a que advirtió que para la fecha del fallo la actora no contaba con aseguramiento en salud, por lo que era atendida en calidad de participante vinculada, el juez sostuvo que “una vez se haya generado la publicación del puntaje de la señora (...) será ella quien debe diligenciar y suscribir el formulario de afiliación y traslado ante la entidad promotora de salud del régimen subsidiado que seleccione”[16].

II. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISIÓN

1. El 7 de febrero de 2019, la Magistrada sustanciadora procedió a verificar las bases de datos del Sisbén y del Registro Único de Afiliados -RUAF- y constató que, si bien a la fecha en que se hizo la consulta, la actora se encontraba inscrita en el Sisbén con un puntaje de 39,13 (Nivel I), no cuenta aún con afiliación a una EPS-S ni EPS.

2. Mediante Auto del 8 de febrero de 2019, esta Sala de Revisión vinculó al trámite de la presente acción de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda. Así mismo, la ofició para que (i) remitiera una copia de la Resolución 287 de 2017 mediante la cual impuso la medida de limitación de afiliación a ASMET SALUD EPS-S y (ii) explicara a este despacho en qué consistía la medida.

También ofició a la Alcaldía de Santuario (Risaralda) y a la Gobernación de Risaralda para que (i) informaran cómo aplican actualmente la Resolución 1268 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social sobre el deber de afiliación oficiosa de personas que cumplen los requisitos para pertenecer al régimen subsidiado y rehúsan afiliarse, y (ii) aclararan si han adelantado algún trámite para afiliar oficiosamente a la accionante.

De igual manera, se ofició a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira para que precisara algunos datos sobre la fecha en la cual la señora Cruz Elena fue dada de alta y los costos que se le generaron por los servicios, y para que explicara si había adelantado alguna gestión tendiente a procurar su afiliación ante alguna EPS.

Al mismo tiempo, se ofició a María Ruth Pescador Chalarca para que aportara al proceso información sobre las gestiones que se han adelantado para procurar la afiliación de la señora Cruz Elena Grisales Cano (la accionante agenciada) ante alguna EPS-S o EPS; el acompañamiento que la agenciada ha recibido en este proceso; así como su actual condición de salud y si la misma le ha impedido adelantar el trámite administrativo tendiente a lograr su vinculación al SGSSS; y las razones por las cuales la accionante agenciada ha omitido hacer el trámite pertinente ante una EPS-S.

Por último, en el mismo Auto, se ofició a la EPS-S ASMET SALUD para que enviara a este despacho copia de la historia clínica completa de la señora Cruz Elena Grisales Cano e informara si había adelantado alguna gestión para procurar su afiliación.

Respuestas de las entidades

3. Mediante escrito recibido el 15 de febrero de 2019 en la Secretaría General de esta Corporación, la Alcaldía Municipal de Santuario (Risaralda) señaló que el trámite para la afiliación oficiosa de quienes rehúsan a afiliarse, contenido en la Resolución 1268 del 25 de abril de 2017 del Ministerio de Protección Social, inicia con la identificación de personas no

afiliadas al régimen subsidiado, conforme al artículo 4º de la resolución que reza:

“A través de los mecanismos que tenga a disposición cada entidad territorial, se identificará a las personas que, teniendo derecho a pertenecer al Régimen Subsidiado, no han realizado su afiliación, haciéndoles saber su derecho y obligación de afiliarse al SGSSS”.

La Alcaldía explicó que la Dirección Local de Salud de la Alcaldía Municipal de Santuario realiza las afiliaciones de oficio cuando se recibe la solicitud de la EPS, toda vez que estas entidades cuentan con la información de aquellos usuarios que no están afiliados pero que cumplen con los requisitos para su afiliación al régimen subsidiado. Señaló que para identificar a esas personas, la ESE Hospital de Santuario también notifica a la Dirección Local de Salud Municipal cuando el usuario se rehúsa a realizar los trámites ante las EPS para su afiliación. De igual forma, aclaró que surtido el proceso anterior se realiza la verificación de la existencia de condiciones para pertenecer al régimen subsidiado y posteriormente se realiza la afiliación.

Por último, el ente territorial informó que no se encontró información de la señora Cruz Elena Grisales Cano con la que se pudiera proceder a realizar su afiliación de manera oficiosa, y tampoco se advirtió que existiera alguna petición, queja o reclamo de la accionante ante la Dirección Local de Salud de la Alcaldía.

4. Mediante escrito recibido el 20 de febrero de 2019 en la Secretaría General de esta Corporación, la Superintendencia Nacional de Salud explicó la situación actual de la EPS-S ASMET Salud. Sobre el particular, señaló que en el marco de las actividades de inspección, vigilancia y control frente a la EPS y EPS-S, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, mediante Resolución 287 del 15 de febrero de 2017 adoptó medida preventiva de vigilancia especial a dicha EPS por seis meses y limitó su capacidad para hacer afiliaciones y para aceptar traslados, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1184 de 2016. Señaló que mediante Resolución 2695 del 15 de agosto de 2017 prorrogó el término de la medida preventiva hasta el 31 de marzo de 2018 y mantuvo la limitación para efectuar afiliaciones y aceptar traslados.

La entidad advirtió que, en concepto técnico presentado ante el Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud el 23 de marzo de 2018, la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales señaló que la EPS-S no había

superado su precaria condición financiera y no había mejorado sus indicadores en materia de gestión del riesgo, efectividad, experiencia en la atención, entre otros. Al respecto dijo:

“Asmet Salud ESS EPS a 31 de diciembre de 2017 incumple con las condiciones financieras de solvencia, establecidas en el Decreto 2702 de 2014, incorporado en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 (Capital Mínima (sic), Patrimonio Adecuado y Régimen de Inversiones de las Reservas Técnicas).

(...) no cuenta con la verificación de la metodología para el cálculo de las reservas técnicas por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Las inversiones de Asmet Salud ESS EPS no superan el 30% de las reservas por lo que incumple el régimen de inversiones que soportan las reservas técnicas. El nivel de endeudamiento de Asmet Salud ESS EPS continúa siendo crítico y asciende a 340%. Asmet Salud ESS EPS presentó a 31 de diciembre de 2017 déficit patrimonial e insuficiencia del capital mínimo (...)”[17].

La Superintendencia Nacional de Salud señaló que mediante Resolución 4087 del 27 de marzo de 2018 prorrogó la medida preventiva de vigilancia especial por seis (6) meses. Posteriormente, mediante Resolución 1163 del 5 de diciembre de 2018 volvió a prorrogarla por el término de un (1) año. Concluyó que Asmet Salud no puede recibir nuevos afiliados, pues no tiene la capacidad ni cumple con los requisitos para operar como EPS en esa jurisdicción territorial.

En segundo lugar, se refirió al proceso de traslado por asignación contemplado en el artículo 2.1.11.3 del Decreto 780 de 2016. Indicó que dentro del procedimiento de asignación de afiliados, una vez estén ejecutoriados los actos administrativos que autorizan el retiro o liquidación voluntaria o revocan la autorización o habilitación, o notificado el acto administrativo que ordena la intervención forzosa para liquidar, “el liquidador o el representante legal de la EPS procederá a realizar la asignación de los afiliados entre las demás EPS habilitadas o autorizadas en cada municipio (...)”[18].

La misma disposición señala que las EPS que asignan los usuarios serán responsables del aseguramiento hasta el último día del mes en el cual se realiza la asignación. Además que,

a partir del primer día del mes siguiente, las Entidades Promotoras de Salud que reciben los usuarios asumirán su aseguramiento y garantizarán el acceso a la prestación de servicios de salud que requieran los pacientes asignados. Por último, indicó que “transcurridos noventa (90) días calendario, los afiliados asignados podrán escoger libremente entre las Entidades Promotoras de Salud que operen en el municipio de su residencia y que administren el régimen al cual pertenecen”[19].

Agregó que no puede perderse de vista que el procedimiento de afiliación por asignación del Decreto 780 de 2016 es obligatorio y está establecido para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud. Además, que si bien la libertad de escogencia es un derecho de los usuarios y se traduce en la posibilidad de elegir las EPS, IPS y profesionales adscritos, para el caso particular se encuentra limitado a escoger entre el mercado de EPS-S distintas a ASMET SALUD EPS-S, según la regla expresa contenida en la Resolución 287 del 15 de febrero de 2017.

La entidad concluyó que los derechos que se alegan como conculcados no devienen de su acción u omisión, por lo cual se configura una falta de legitimación pasiva respecto de la Superintendencia Nacional de Salud. Asimismo, anexó las resoluciones mencionadas con anterioridad mediante las cuales la Superintendencia impuso la medida y la prorrogó hasta la fecha[20].

5. Mediante escrito recibido el 22 de febrero de 2019 en la Secretaría General de esta Corporación, el ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira señaló que si bien la señora Cruz Elena Grisales Cano fue dada de alta el 1º de febrero de 2018[21], la usuaria continuó hospitalizada hasta el 14 de febrero de “dada la necesidad de continuar su terapia dialítica que no estaba garantizada por su entidad responsable de pago”[22]. El subgerente asistencial de la ESE explicó a esta Sala la expresión “dar de alta” a un paciente:

“Alta: es un término amplio que abarca todas las circunstancias en que un usuario se retira vivo del establecimiento hospitalario por alguna de las siguientes razones: terminación definitiva de tratamiento intrahospitalaria (sic); terminación transitoria o intermitente del tratamiento intrahospitalaria (sic) o continuidad del mismo en casa o en la institución de forma ambulatoria; traslado a otro establecimiento o referencia a un nivel de complejidad mayor o menor, y otras razones no relacionadas con órdenes médicas como retiro

voluntario o fuga de la institución”[23].

Indicó que dado que la usuaria no estaba asegurada y tenía un puntaje de Sisbén de 39.1 (Nivel I), no generó cuota de recuperación por parte del usuario y los costos de los servicios que se le prestaron fueron cobrados al Departamento de Risaralda. Asimismo, la ESE agregó que no adelantó ninguna gestión tendiente a procurar la afiliación de la paciente porque “la usuaria residía en París y al momento de su enfermedad estaba de visita en casa de un familiar [y] realizó el trámite de Sisbén en Colombia”[24]. Adujo que la ESE siempre la orientó sobre la necesidad de asegurarse al sistema de salud colombiano pero, como indica la historia clínica, la usuaria refirió a trabajo social que “era tratada en París y allí estaría el médico tratante para continuar dicho tratamiento”[25].

III. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. María Ruth Pescador Chalarca, como agente oficiosa de Cruz Elena Grisales Cano, interpuso acción de tutela en contra de la EPS-S Asmet Salud por considerar que vulneró su derecho fundamental a la seguridad social al no afiliarla al SGSSS pese a advertir que no tenía afiliación a dicho sistema y a que ya había iniciado el trámite de calificación en el Sisbén.

3. El juez de única instancia negó el amparo del derecho a la salud y a la seguridad social de la accionante y la conminó a gestionar su afiliación al sistema ante una entidad promotora de salud, ya sea del régimen subsidiado o contributivo.

4. Por esta razón, lo primero que debe analizar la Sala es si en este asunto se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela. En caso de que se verifique la procedencia de la presente acción, la Sala deberá determinar lo siguiente: ¿La EPS-S ASMET SALUD y las demás entidades vinculadas vulneraron el derecho a la seguridad social de la señora

Cruz Elena Grisales Cano al no afiliarla a la EPS-S ASMET SALUD o a alguna otra EPS de la red de Empresas Prestadoras del Servicio de salud del municipio?

5. Para resolver el problema jurídico planteado será necesario que la Corte Constitucional aborde los siguientes temas concretos: (i) la protección del derecho a la seguridad social por medio de la afiliación al SGSSS y el principio de cobertura universal; (ii) el derecho a la afiliación al régimen subsidiado de la población que reside en el territorio nacional, (iii) el Sistema de Selección de Beneficiarios (Sisbén) como instrumento de focalización del régimen subsidiado del SGSSS y, por último, se planteará (iv) la solución al caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela[26]

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

6. Conforme al artículo 86 de la Constitución, toda persona, puede presentar acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados. Respecto de la legitimidad por activa para el ejercicio de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, esta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso.

La Corte ha señalado que los elementos de la agencia en materia de tutela son dos: (i) que el agente oficioso manifieste explícitamente que actúa como tal; y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio[27].

También ha reiterado que el fundamento de esta institución procesal es la imposibilidad de defensa de la persona a cuyo nombre se actúa y, además, evitar que se continúe con la vulneración de un derecho fundamental con base en criterios meramente formales[28]. Sobre el particular, la Sentencia T-044 de 1996 recordó:

“Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del Derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta. En tal sentido, la agencia oficiosa -que tiene expresión también en los procesos ordinarios pero que adquiere mayor valor e

importancia en la medida en que contribuye a la concreción de los derechos fundamentales- se concibe como un instituto de Derecho Procesal que busca el acceso a la administración de justicia para quien se halla imposibilitado de hacerlo personalmente por cualquier motivo”[29].

De otra parte, la Sentencia T-353 de 2018 estableció que, a los requisitos generales de la agencia oficiosa también se han agregado dos supuestos interpretativos: “(i) la informalidad de la agencia implica que no debe existir necesariamente una relación formal entre agente y agenciado; y (ii) la ratificación de lo actuado dentro del proceso por parte del titular, con el fin de evitar que el agente actúe en beneficio propio o, incluso, en contravía de los intereses del agenciado”[30].

En esta ocasión, a partir de lo dispuesto en la Sentencia T-312 de 2009[31], la Corte aclaró que los dos primeros elementos – (i) manifestación del agente oficioso de actuar como tal, e (ii) imposibilidad del interesado para promover su propia defensa – son los elementos constitutivos de la agencia oficiosa; que el tercer elemento es de carácter interpretativo, y que el cuarto (ratificación), se refiere a la posibilidad excepcional de suplir el primero, si se presentan ciertos actos positivos e inequívocos del interesado durante el trámite de la acción.

En el asunto estudiado en la sentencia en mención, con el fin de procurar la ratificación del accionante agenciado, el juez constitucional lo citó a rendir declaración. Sin embargo, dado que el mismo se encontraba acuartelado en el Batallón de Infantería, “fue materialmente imposible que el accionante ratificara la agencia oficiosa en su favor o que, inclusive, llegara a enterarse del oficio que lo citaba a las instalaciones del Juzgado”[32]. No obstante, con el fin de asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales del agenciado y con fundamento en la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, la Corte encontró acreditada la legitimación por activa.

La Sala advierte que, en el presente caso, la acción de tutela fue presentada por María Ruth Pescador Chalarca, como agente oficiosa de Cruz Elena Grisales Cano. La Magistrada Sustanciadora, en el decreto de pruebas en sede de revisión, ofició a la agente oficiosa para que aportara al proceso información sobre las gestiones que se han adelantado para procurar la afiliación de la señora Cruz Elena Grisales Cano, su actual condición de salud y

las razones por las cuales la accionante agenciada ha omitido hacer el trámite pertinente ante una EPS-S. No obstante, la comunicación fue devuelta por la empresa de correos, lo que indica que no fue posible que la accionante se enterara del auto enviado por esta Corporación.

Pese a lo anterior, considera esta Corte que con el fin de asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la agenciada y con fundamento en la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, es preciso inferir el interés de la agenciada de ser afiliada al régimen subsidiado de otros hechos probados en el expediente, como (i) la solicitud que realizó la misma para ser calificada en el Sisbén con la intención de procurar su afiliación, y de (ii) la respuesta que dio su hermana en la llamada telefónica que realizó el juez de única instancia, en la cual le informó que, cuando el estado de salud de su hermana se estabilizara aún más, ésta “se dirigiría a las entidades para tramitar su afiliación a una EPS-S”[33].

Además de lo anterior, se pudo determinar que la agenciada estaba imposibilitada para acudir de forma directa ante las autoridades judiciales para promover su propia defensa y procurar la protección de sus derechos fundamentales. Lo anterior, por cuanto para la fecha de interposición de la acción (6 de febrero de 2018) se encontraba hospitalizada en la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira debido a una urgencia vital por síndrome bronco obstructivo. Por estas razones, se considera que en este caso la agencia oficiosa es procedente.

7. Con relación a la legitimación pasiva, la Corte ha establecido que esta se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando esta resulte demostrada[34]. Según el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 5º y 42º del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares “2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”.

La Sala encuentra que la EPS-S Asmet Salud se encuentra legitimada como parte pasiva en la presente acción de tutela, dada su calidad de particular encargado de la prestación del

servicio público de salud, y en la medida en que se le atribuye la vulneración del derecho fundamental en discusión. Así mismo, la Sala advierte que las demás instituciones vinculadas al trámite (Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, Alcaldía de Santuario y Departamento Nacional de Planeación, vinculada por el juez de única instancia en el auto admisorio; y Superintendencia Nacional de Salud, vinculada por la Corte en sede de revisión) también están legitimadas como parte pasiva pues son entidades públicas y, en virtud del mismo artículo 5º, la acción de tutela también procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales.

Inmediatez

8. La Corte ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “en todo momento” porque carece de término de caducidad[35]. No obstante, la jurisprudencia constitucional también es consistente al señalar que la misma debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

La Sala considera que, en este caso, la solicitud de amparo cumple con el requisito de inmediatez debido a que, según la accionante, el amparo se interpuso por la agente oficiosa porque en la ESE Hospital San Jorge de Pereira le informaron que, para que la paciente pudiera ser dada de alta, esta debía “estar protegida por la seguridad social subsidiada”[36]. Además, porque se hizo el 6 de febrero de 2018, justamente mientras la paciente se encontraba hospitalizada, lo que da cuenta de urgencia con la que se demandaba la protección inmediata de su derecho a la seguridad social en salud.

Subsidiariedad[37]

9. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política establece expresamente “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Con base en esta disposición, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios de defensa, ni mucho menos a los jueces competentes en

la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa.

Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

La Corte ha sido enfática en sostener que la acción de tutela (i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; (ii) procede como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia.

Respecto de las controversias entre usuarios y entidades prestadoras de salud, según el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud tiene facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones a su cargo; (iii) la multiafiliación dentro del sistema; y (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

Como quedó establecido en la Sentencia T-114 de 2019[38], la determinación de la idoneidad y la eficacia del mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del SGSSS a cargo de la Superintendencia de Salud debe considerar los elementos de juicio recolectados en el marco del seguimiento que ha realizado esta Corporación a la Sentencia T-760 de 2008[39], a través de su Sala Especial de Seguimiento.

En el marco del seguimiento a esta sentencia, por medio de Auto 668 del 2018[40], la Corte Constitucional citó a Audiencia Pública a diferentes entidades y personas responsables del sistema de salud y a expertos en la materia. Ello, con el fin de evidenciar las problemáticas estructurales que presenta dicho sistema y encontrar soluciones sustanciales y definitivas que permitan avanzar en la efectiva superación de los obstáculos para el goce efectivo del derecho a la salud en Colombia. Con posterioridad a la diligencia

celebrada el 6 de diciembre de 2018[41], la Corte pudo concluir que la capacidad administrativa de la Superintendencia de Salud es limitada para resolver este tipo de controversias y que, por lo tanto, dicho mecanismo jurisdiccional no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS:

“la entidad tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos que se le presentan de conformidad con lo establecido en la Ley. Por lo tanto, mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS, razón por la cual la acción de tutela es el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante”[42].

Por estas razones, dado que se advierte que, en este caso, el mecanismo de la Superintendencia de Salud no era un mecanismo idóneo y eficaz para tramitar la solicitud de la accionante, y que se requería con urgencia su afiliación al régimen subsidiado de salud, la acción de tutela resultaba procedente para amparar el derecho a la seguridad social de la señora Grisales Cano.

La protección del derecho a la seguridad social por medio de la afiliación al SGSSS

10. El artículo 48 de la Constitución Política establece el derecho a la seguridad social en una doble dimensión. Por un lado, lo contempla como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Por otro lado, lo consagra como una garantía de carácter irrenunciable e imprescriptible de todas las personas, representada en la cobertura de (i) pensiones, (ii) salud, (iii) riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley. Lo anterior, a través de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social que se refleja necesariamente en el pago de las prestaciones sociales estatuidas.

Inicialmente, este derecho fue considerado por esta Corporación como de carácter meramente prestacional y solo fue entendido como un derecho fundamental en la medida en que se concretara en una garantía de aplicación inmediata, como cuando, en aplicación de la tesis de la conexidad, se evidenciaba que su vulneración se materializaba en una afrenta contra el derecho a la vida o a la integridad personal[43].

En este sentido, la Sentencia C-453 de 2002 reconoció esta relación del derecho a la seguridad social y, en particular, del derecho a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social con otros derechos de rango iusfundamental y estableció que la afiliación a este “no solo constituye un desarrollo de la garantía de condiciones dignas y justas, se trata de una garantía destinada a la protección de varios derechos también de orden constitucional: la vida, la salud y la seguridad social en sí misma”.

Esto se entendió así porque, tradicionalmente, en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos –derechos fundamentales– y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional –derechos de segunda generación– para cuyo cumplimiento se requiere de una acción legislativa o administrativa. Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa, “mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho de segunda generación, conllevaba a su vez el desconocimiento de uno fundamental”[44].

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional replanteó las reglas mencionadas y precisó el contenido y alcance de los derechos económicos, sociales y culturales. A partir de la relación íntima que guardan estos derechos con el principio de dignidad humana, la Corte sostuvo que sería ‘fundamental’ todo derecho constitucional que funcionalmente estuviera dirigido a la realización de la dignidad humana y fuera traducible en un derecho subjetivo. Para ello, sostuvo que dicho concepto de dignidad humana habría de ser apreciado en cada caso concreto, según el contexto en el que se encontrara cada persona, ya que son “las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental”[45].

Por esta razón, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, son fundamentales (i) todos aquellos derechos respecto de los cuales hay consenso sobre su naturaleza

fundamental y (ii) todos los derechos constitucionales que funcionalmente se dirijan a lograr la dignidad humana y sean traducibles en derechos subjetivos.

Sobre el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, la Corte señaló en la Sentencia T-468 de 2007[46] que una vez provista la estructura básica del Sistema General de Seguridad Social, las prestaciones que lo componen y las autoridades responsables de brindarlas, y además, una vez establecida una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación “la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela”.

Lo anterior fue reiterado en la Sentencia T-742 de 2008[47], que señaló que por su relación intrínseca con la dignidad humana:

“la seguridad social es un verdadero derecho fundamental autónomo –calificado como “derecho irrenunciable” según el inciso 2° del artículo 48 constitucional; consagrado como “derecho de toda persona” de acuerdo al artículo 9° del PIDESC, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad; y, finalmente, definido como “derecho humano” por parte del CDESC en la observación general número 19-”.

Agregó la Corte en esta ocasión que si bien se había empleado la tesis de la conexidad para resolver controversias sobre el carácter fundamental de este derecho, la acreditación de este vínculo con otro derecho fundamental resulta redundante y, en consecuencia, innecesario toda vez que “el derecho a la seguridad social recoge per se una garantía iusfundamental independiente, razón por la cual su eventual vulneración ocurrida de manera autónoma puede ser enmendada por vía de tutela”.

En este mismo sentido, la Sentencia C-1141 de 2008[48] estableció lo siguiente:

“[E]l derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en

los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”.

11. Ahora bien, además de que esta Corporación ha dejado claro que la seguridad social tiene la connotación de derecho fundamental autónomo e independiente y por lo tanto puede ser protegido mediante la acción de tutela, también ha insistido en que su goce está íntimamente relacionado con la afiliación al Sistema General de Seguridad Social[49].

Concretamente, en materia de salud, el derecho a la afiliación al SGSSS, si bien tiene fundamento directo en el artículo 49[50] de la Carta Política, ha tenido un amplio e importante desarrollo por parte del Legislador.

La Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral, estipuló que el SGSSS cubre a todos los residentes en el país y, por lo tanto, todas las personas tienen la posibilidad de participar en él[51]; unos en su condición de (i) afiliados al régimen contributivo, otros como (ii) afiliados al régimen subsidiado. Los primeros son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Los segundos son las personas sin capacidad de pago para cotizar al sistema; se trata de la población más pobre y vulnerable del país a la que se le subsidia su participación en el SGSSS[52].

Además de estos dos tipos de participantes del SGSSS, el Legislador también ha regulado la atención en salud de un tercer grupo: la población pobre no asegurada que no se encuentra afiliada ni al régimen contributivo ni al subsidiado, y que carece de medios de pago para sufragar los servicios de salud[53], quienes 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[54].

La afiliación al régimen subsidiado de la población pobre y vulnerable que reside en el territorio nacional

12. Para efectos de contar con los elementos de juicio necesarios para resolver el presente caso, en esta ocasión se hará énfasis en el alcance y contenido del derecho a la afiliación al

régimen subsidiado de la población más pobre y vulnerable del país a la cual se le subsidia su participación en el SGSSS.

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”.

Pues bien, es preciso reiterar que con posterioridad a la Ley 100, con el fin de ampliar la cobertura a los ciudadanos más pobres, el Legislador expidió la Ley 715 de 2001, mediante la cual decidió aumentar los subsidios con cargo a las entidades territoriales y asignarles el deber de financiar los aludidos subsidios a partir de sus ingresos corrientes de libre destinación; destinación específica para salud, y los recursos de capital, a efectos de garantizar la continuidad y cubrimiento por 5 años más.

13. La Ley 715 de 2001 reguló también las competencias de los municipios en materia de la prestación del servicio de salud, y señaló que, sin perjuicio de las establecidas en otras disposiciones legales, les corresponde a los municipios, dirigir, coordinar y vigilar el Sistema General de Seguridad Social en Salud en su jurisdicción, para lo cual, tendrán la función de:

“(...) 44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia (...)”[55].

Posteriormente, se expidió también la Ley 1122 de 2007 que amplió aún más el plazo para la cobertura universal en salud en los niveles I, II y III del Sisbén dando al gobierno otros 3 años.

14. No obstante, un grupo significativo de acciones de tutela advirtió las fallas que

presentaba el sistema de salud para esta población. De este modo, ante la identificación de los defectos estructurales en el sistema de salud, esta Corporación profirió la Sentencia T-760 de 2008 en la que, entre otros asuntos, evidenció el incumplimiento del principio de universalidad en las regulaciones sobre la materia, razón por la cual ordenó al Ministerio de la Protección Social – hoy Ministerio de Salud y Protección Social – la adopción de algunas medidas encaminadas a asegurar la cobertura universal del sistema en el plazo fijado por la Ley 1122 de 2007.

Más tarde fue expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud el Acuerdo 415 de 2009 que modificó la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del SGSSS, y consagró en sus artículos 2 y 3 que la población beneficiaria del régimen subsidiado es “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 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 SISBÉN en los términos de la ley (...)”.

15. En desarrollo de lo anterior, mediante la Sentencia T-880 de 2009[56], esta Corte aclaró el funcionamiento de este régimen en detalle y 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 pleno. 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” (Negrita fuera de original).

En respuesta a los pronunciamientos de la Corte sobre la necesidad de garantizar la cobertura universal del sistema, la Ley 1438 de 2011[57] dispuso que “todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud”[58] (Negrita fuera del original), para lo cual el Gobierno Nacional deberá desarrollar mecanismos que garanticen dicha afiliación. Por esto, el artículo 32 de dicha ley reguló el trámite de afiliación al régimen subsidiado, es decir, el procedimiento que se debe seguir en los casos en que una persona no asegurada y sin capacidad de pago requiera atención en salud:

“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.

Si no tuviera documento de identidad, se tomará el registro dactilar y los datos de identificación, siguiendo el procedimiento establecido por el Ministerio de la Protección Social en coordinación con la Registraduría Nacional del Estado Civil para el trámite de la afiliación” (Negrita fuera del original).

Según esta norma, la persona deberá ser atendida obligatoriamente, y será afiliada por la EPS de forma preventiva al Régimen Subsidiado mediante un mecanismo simplificado[59]. Posteriormente, se verificará si la persona es elegible para el subsidio en salud, es decir, si cumple los requisitos de afiliación al SGSSS, y si no lo es, se procederá a cobrarle los servicios prestados.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado en sede de control concreto sobre el incumplimiento de la obligación de las EPS-S de realizar la afiliación en los casos en que se cumplen los requisitos para la afiliación.

Por ejemplo, en la Sentencia T-611 de 2014[60] la Corte analizó el caso de una joven que padecía de hipertensión pulmonar severa, a la que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá se negó a afiliar al régimen subsidiado de salud y a exonerarla de copagos por cada servicio que requería para atender su padecimiento. En esta ocasión, la Sala de Revisión concluyó que esa entidad vulneró el derecho a la salud de la accionante, al incumplir lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011. Lo anterior, debido a que omitió realizar las gestiones correspondientes para afiliar a la actora al régimen subsidiado de salud, pese a que ya había sido calificada por el Sisbén y cumplía los requisitos.

16. Otra normativa más reciente reiteró que la pertenencia al régimen subsidiado puede darse solamente cuando se cumplan las condiciones establecidas en la ley (artículo 2.1.3.1 del Decreto 780 de 2016), como el ser identificado en los niveles I y II del Sisbén (artículo 2.1.5.1 del Decreto 2228 de 2017).

De esta forma, como quedó establecido con anterioridad, la afiliación al régimen subsidiado podrá realizarse por las personas clasificadas en los niveles 1 o 2 del Sisbén, las cuales deberán escoger libremente la EPS del Régimen Subsidiado que esté autorizada para operar en el municipio[61], e inscribirse a la misma al diligenciar en físico el Formulario Único de Afiliación y Registro de Novedades (FUAN), hasta tanto haya entrado en operación el Sistema de Afiliación Transaccional y el formulario electrónico. Lo anterior se estableció de esta manera debido a que, si bien este nuevo sistema empezó su implementación a partir de la promulgación del Decreto 2353 del 2015[62], el mismo ha entrado en operación de forma gradual[63]. Por esta razón, el parágrafo del artículo 19 de este decreto aclaró expresamente que “hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional,

los afiliados accederán a los servicios del plan de beneficios desde la fecha de radicación del formulario de afiliación y novedades en la EPS”.

Del mismo modo, tal y como lo dispuso el CONPES 3877 de 2016, si bien no existen incentivos para que las personas actualicen la información que de ellas reposa en el Sisbén, estas sí tienen el deber de actualizar la información que de ellos reposa en esta base de datos una vez identifiquen que sus condiciones socioeconómicas han variado o que decidan modificar su domicilio, estableciéndose en otro municipio o fuera del país. Lo anterior, con el fin de determinar si efectivamente continúan siendo merecedoras del subsidio en salud que brinda el Estado, y de que se puedan focalizar los recursos hacia la población más pobre y vulnerable del país.

De igual forma, una vez afiliados, los usuarios del régimen subsidiado tienen el deber de informar a la EPS-S donde estén afiliados, tan pronto como se presenten acontecimientos o novedades como la actualización del documento; cambios de nombres y apellidos; de dirección de residencia y teléfono; fallecimiento de miembros del grupo familiar o retiro del régimen subsidiado, entre otros.

17. De otra parte, en los casos en que la persona que cumple requisitos para afiliarse al régimen subsidiado se rehúsa a hacerlo, el Ministerio de Protección Social ha regulado el deber de los entes territoriales de realizar la afiliación oficiosa de esta población, la cual opera incluso en contra de la voluntad de la persona.

De este modo, ha regulado el procedimiento de afiliación oficiosa a cargo de la entidad territorial (Resolución 1268 del 25 de abril de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social) conforme al cual la entidad territorial “procederá a inscribirla de oficio en una EPS de las que operan en el municipio dentro de los cinco (5) primeros días del mes y le comunicará dicha inscripción” (Parágrafo 3 del artículo 2.1.5.1 del Decreto 2228 de 2017). Lo anterior, siempre que la persona, a pesar de tener el deber de solicitar su afiliación a la EPS y de inscribirse a la misma mediante el diligenciamiento del Formulario Único de Afiliación, se haya rehusado a hacerlo.

18. Por último, la misma Ley 1751 de 2015 mediante la cual se estableció la salud como un derecho fundamental, también insistió en la necesidad de mantener la universalidad como principio dentro del sistema, y concretamente señaló que “los residentes en el territorio

colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida” (Negrita fuera del texto original).

El Sisbén como instrumento de focalización del régimen subsidiado del SGSSS y la corrección de inconsistencias

19. El Sistema de Selección de Beneficiarios – Sisbén, regulado por el artículo 94[64] de la Ley 715 de 2001, es una encuesta de clasificación socioeconómica diseñada por el Departamento Nacional de Planeación –en adelante DNP–, mediante la cual se identifican las necesidades de la población más pobre y vulnerable del país. Luego de la aplicación de la misma, los hogares encuestados obtienen un puntaje y un nivel que les prioriza para la asignación de subsidios. De este modo, cada programa social que otorga subsidios establece cuáles son los puntajes que se requieren para acceder a los respectivos beneficios.

Para el caso concreto, es fundamental recordar que el Sisbén ha servido como instrumento de focalización del régimen subsidiado de salud del Sistema General de Seguridad Social. En particular, ha sido fundamental para dar cumplimiento a la obligación de ampliación progresiva hacia la cobertura universal de la seguridad social contemplada en la Ley 100: “al cierre del 2015, la cobertura en salud llegaba a 97%, debido al aumento de los afiliados al régimen subsidiado para los cuales el Sisbén fue utilizado como criterio de entrada”[65].

Recientemente, el Consejo Nacional de Política Económica y Social –en adelante CONPES– decidió reformular ese sistema de información del Sisbén con el fin de que el mismo reflejara, de forma más precisa y veraz y con criterios de justicia social, el verdadero puntaje que merece cada persona como resultado de la encuesta.

20. Por ello, mediante el documento CONPES 3877 de 2016, el DNP advirtió la necesidad de incluir en el anterior Sisbén III (calidad de vida) el enfoque de ingresos, mediante la utilización de un instrumento que permita una caracterización integral de la población, a partir de la complementariedad entre la pobreza monetaria y multidimensional.

Además, estableció mecanismos para combatir el fraude y las imprecisiones de las bases de datos, debido a que detectó un número creciente de inconsistencias relacionadas con

desactualización y manipulación, así como fallas en la recolección de la información y en los controles de calidad disponibles para detectar errores. Sobre la deficiente calidad de la información de la población registrada en el Sisbén, señaló:

“El Sisbén carece de normas e incentivos para la actualización por parte de los ciudadanos. Existen vacíos procedimentales y técnicos en la normativa vigente del Sisbén[66], que, al no estar definidos, no permiten manejar algunos aspectos propios de la administración de la base. Es el caso del número de encuestas a que tiene derecho una persona cuando presenta inconformidad por el puntaje obtenido, el intervalo de tiempo que debe existir entre una y otra encuesta solicitada, y el deber del ciudadano para la actualización de su información”[67] (Negrita fuera del original)

Este Tribunal, en control concreto de constitucionalidad, también se ha pronunciado sobre las imprecisiones de las bases de datos del Sisbén y ha establecido que la información que se recoge a través de las encuestas para poder identificar a la población en condiciones de vulnerabilidad guarda especial relación con el derecho fundamental al habeas data. Por esta razón, ha considerado que “de presentarse alguna omisión o inconsistencia los datos recogidos deben ser corregidos o actualizados”[68].

21. A partir de las recomendaciones del CONPES 3877 y de la jurisprudencia constitucional, el Departamento Nacional de Planeación realizó una actualización de la normativa en la materia y expidió el Decreto 441 del 16 de marzo de 2017 con el fin de regular y optimizar el funcionamiento del Sisbén a partir de la definición de unas reglas claras de organización, implementación y administración, del sistema. Este decreto, en el artículo 2.2.8.2.1, señaló que con dicho fin le correspondía al DNP:

“(…) 1. Dictar los lineamientos metodológicos, técnicos y operativos necesarios para la implementación y operación del Sisbén.

3. Diseñar, a través de la Dirección de Desarrollo Social o la dependencia que haga sus veces, la ficha de caracterización socioeconómica.

4. Diseñar y desarrollar las herramientas tecnológicas requeridas para la recopilación y administración de la información registrada en el, Sisbén.

5. Establecer la metodología, el trámite e instrumentos para adelantar los procesos de validación y control de calidad de la información registrada en el Sisbén.

6. Definir los criterios de ingreso, suspensión y exclusión de las personas de las bases de datos.

7. Aplicar los procesos de validación y control de calidad de la información, de conformidad con lo señalado en el presente Título, para lo cual, entre otros, podrá realizar los cruces de información necesarios para la depuración y actualización de la información (...)” (Negrita fuera del original).

En este mismo sentido, estableció que el DNP, en virtud el principio de calidad de la información, puede actualizar la información registrada en el Sisbén como producto del cotejo de información con bases de datos oficiales de otras entidades públicas. Además, será el que determine las condiciones para la actualización de la metodología del Sisbén por parte de las entidades territoriales, “teniendo en cuenta las necesidades del instrumento y las condiciones socioeconómicas que se pretenden identificar, así como los ajustes metodológicos, operativos y las condiciones tecnológicas requeridas para la captura, procesamiento y validación de la información” (Artículo 2.2.8.2.2).

Esta norma estipuló igualmente cómo se realiza la inclusión al Sisbén. Señaló que cualquier persona natural puede solicitar su inscripción ante la entidad territorial en la que resida, la cual “aplicará la ficha de caracterización socioeconómica en la dirección de residencia habitual del solicitante, quien suministrará la información requerida para el diligenciamiento de la totalidad de las variables de la misma, con el fin de realizar una correcta identificación y caracterización” (Negrita fuera del texto original) (Artículo 2.2.8.3.1.).

Esta misma disposición aclaró que las personas registradas en el Sisbén pueden solicitar en cualquier momento el retiro de su información ante el municipio o distrito en el que residen, la cual podrá ser hecha por un tercero que acredite su capacidad para actuar y la información que para el efecto demande el DNP. Lo anterior como parte de su deber de actualizar la información contenido en el Artículo 2.2.8.3.2., conforme al cual “en caso de cambio del lugar de residencia se deberá solicitar la aplicación de una nueva encuesta ante la entidad territorial donde se ubique su nueva residencia”. En estos casos se aplicará una nueva encuesta, que se sujetará a los términos de envío de la información por parte de la

administración municipal para surtir un nuevo proceso de validación.

De otra parte, este decreto dispuso claramente que la información de las personas registradas en el Sisbén está sujeta a procesos de validación y controles de calidad aplicados por el mismo DNP, los cuales incluyen “el cruce con bases de datos internas o externas, la obtención directa de información por el DNP o la entidad territorial, el cotejo de información con diferentes fuentes, y ejercicios de seguimiento aleatorio”. Estos procesos se podrán llevar a cabo mediante “visitas en sitio, especialmente en los eventos en los cuales mediante peticiones, quejas, reclamos o solicitudes (PQRS), procesos de validación y controles de calidad, se evidencie inexactitud o incongruencia de la información registrada” (Artículo 2.2.8.3.3.).

Esta reforma, en su Artículo 2.2.8.3.6., también contempló la facultad que tiene el DNP de excluir directamente registros del Sisbén en los siguientes casos:

“1. Por muerte de la persona registrada, previa verificación y confrontación de la información oficial reportada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

2. Por orden judicial o administrativa.

3. Por duplicidad de registros, caso en el cual se antendrá el registro más reciente”.

Por último, señaló la norma que una vez se realiza la exclusión, es deber del DNP comunicar dicha decisión a la entidad territorial respectiva, a las entidades que coordinan los programas sociales y a los organismos de control pertinentes.

Solución al caso concreto: Si bien la EPS-S demandada no vulneró el derecho a la salud de la agenciada, la inconsistencia sobre la información que registra en el Sisbén no permite determinar si actualmente se vulnera su derecho a ser afiliada al régimen subsidiado.

22. En el presente caso, por medio de agente oficiosa, la señora Cruz Elena Grisales Cano pretende el amparo de su derecho fundamental a la seguridad social al considerar que le fue vulnerado por la EPS-S ASMET SALUD al negarse a realizar su afiliación al régimen subsidiado. Lo anterior, pese a advertir que no tenía afiliación alguna al SGSSS y a que la accionante ya había iniciado el respectivo trámite de calificación en el Sisbén. Por ello, pretende que se ordene a la EPS realizar su afiliación y prevenirla para que no vuelva a

incurrir en esta conducta omisiva.

El juez de única instancia, denegó las pretensiones de la accionante y, dado que fue dada de alta desde el 15 de febrero de 2018, la conminó a gestionar su afiliación al SGSSS ante una EPS. Concretamente, indicó que una vez se haya generado la publicación de su puntaje del Sisbén, ella misma sería quien debía diligenciar y suscribir el formulario de afiliación ante la EPS del régimen subsidiado que seleccionara.

23. A partir de la consulta de bases de datos del Sisbén y del Registro Único de Afiliados -RUAF-, y con base en el análisis de las pruebas allegadas en sede de revisión, esta Corte constató:

(i) Actualmente la actora se encuentra inscrita en el Sisbén con un puntaje de 39,13 (sector urbano) el cual, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución 3778 de 2011 del Ministerio de Protección Social – hoy Ministerio de Salud y Protección Social, corresponde a un Nivel I, tal y como se muestra en el siguiente cuadro[69] que describe los puntos de corte del Sisbén. No obstante lo anterior, no cuenta aún con una afiliación a una EPS del régimen subsidiado.

Programa Social

Nivel

Otras Cabeceras

Rural

Régimen Subsidiado

1

0 - 47,99

0 - 44,79

0 - 32,98

2

48,00 - 54,86

44,80 - 51,57

32,99 - 37,80

(ii) Que para el momento en el cual la accionante solicitó a la demandada su afiliación, esta no estaba registrada en el Sisbén, pero ya había iniciado el respectivo trámite de calificación.

(iii) Que para el momento en el cual la accionante solicitó a la demandada su afiliación, la EPS-S ASMET Salud efectivamente tenía limitada su capacidad para efectuar afiliaciones. En efecto, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1184 de 2016[70], la Superintendencia Nacional de Salud le había impuesto medida preventiva de vigilancia especial por medio de la Resolución 287 del 15 de febrero de 2017.

Además, dicha medida se había prorrogado hasta la actualidad debido a que la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales, mediante concepto del 23 de marzo de 2018, había constatado que la EPS-S no había superado aun su precaria condición financiera y no había mejorado sus indicadores en materia de gestión del riesgo y efectividad en la atención, entre otros. Es decir, que la EPS-S Asmet Salud no podía recibir nuevos afiliados pues no tenía la capacidad ni cumplía con los requisitos para operar como EPS en esa jurisdicción territorial.

(iv) Que el mismo Decreto 1184 de 2016 que facultó a la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar la limitación de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados de las EPS, consagró en su artículo 2.1.10.5.3 una medida para proteger el derecho fundamental a la salud en los casos en que se impusieran ese tipo de medidas preventivas a las EPS. En este sentido, indicó “la medida de limitación de la capacidad de afiliación, solo podrá ser efectiva una vez haya sido definida por la Superintendencia

Nacional de Salud la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados”[71] (Negrita fuera del original).

(v) Que la peticionaria fue atendida como participante vinculada (población pobre no asegurada), por lo que no se le generó cuota de recuperación y los costos de los servicios que se le prestaron fueron cobrados directamente al Departamento de Risaralda.

(vi) Que la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira no adelantó ninguna gestión tendiente a procurar la afiliación de la paciente a la EPS porque la usuaria les manifestó que residía en París (Francia) y que al momento de su enfermedad estaba de visita en casa de un familiar en donde realizó el trámite de Sisbén. Agregó que la accionante indicó que recibía tratamiento para su enfermedad en París y que una vez retornara allí continuaría con dicho proceso[72].

24. A partir de los hechos expuestos con anterioridad y de la normativa y jurisprudencia referidas, esta Sala observa que el caso plantea la posible vulneración dos facetas del derecho fundamental a la seguridad social de la señora Cruz Elena Grisales Cano: su derecho a la salud y su derecho a ser afiliada al régimen subsidiado del SGSSS.

Por un lado, la Sala advirtió que sí se le garantizó a la accionante su derecho a la salud. Pese a que no contaba con afiliación al sistema, se atendió su urgencia médica por el síndrome bronco obstructivo que padecía y se le brindaron los servicios, insumos y medicamentos que requirió durante el tiempo que permaneció en el hospital.

Por el otro, el despacho constató que la EPSS demandada vulneró su derecho a ser afiliada al SGSSS (principio de cobertura universal) al desconocer la normativa relacionada con el deber de afiliación oficiosa -para el cual no se requiere haber sido clasificado en el Sisbén- y el procedimiento a seguir cuando se les ha impuesto a las EPS, por parte de la Superintendencia de Salud, una medida preventiva de vigilancia que limite su capacidad de afiliación. En particular, lo relacionado con la medida de protección del derecho a la salud que prevé la normativa que regula la materia.

Por esta razón, en relación con el derecho de la agenciada a ser afiliada al régimen subsidiado se concluye que, en principio, (i) conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1438 del 2011, le correspondía a la EPS-S ASMET SALUD afiliar preventivamente a la

señora Grisales Cano al régimen subsidiado, mientras la misma adelantaba los trámites de registro ante el Sisbén, y posteriormente verificar si era elegible o no para el subsidio en salud.

No obstante, dado que se advirtió que le había sido impuesta una medida de limitación de la capacidad de afiliación a la EPS-S demandada, se considera que (ii) si efectivamente la Superintendencia Nacional de Salud definió la entidad que debía realizar las nuevas afiliaciones, le correspondía entonces a la demandada remitirla o informarle cuál era la EPS-S del municipio a la que podía acudir y solicitar su afiliación. Más aún, si se tiene en cuenta que finalmente la señora Grisales Cano fue calificada en el Sisbén con un puntaje de 39,13 (Nivel I). Por esta razón, no comparte la Sala el hecho de que la demandada haya esperado hasta la contestación de esta tutela para solicitar que se vinculara a otra EPS-S, y se adelantaran con esta las gestiones de afiliación de la actora. Aún más si se tiene en cuenta que a dicha EPS-S (Medimás) también le fue impuesta medida preventiva[74] y que no aparece en el material probatorio que la Superintendencia Nacional de Salud la haya designado para recibir sus afiliaciones.

25. A pesar de que lo que correspondía en este caso era la afiliación de la demandada al régimen subsidiado de forma preventiva en el momento en que se recibió a la paciente en el hospital, y de forma definitiva una vez se verificó su puntaje en el Sisbén, la Sala advirtió una inconsistencia en relación con la información sobre el actual lugar de residencia de la señora Grisales Cano. De una parte observa que, según la declaración que bajo la gravedad del juramento realizó la accionante al momento de ser encuestada, su residencia habitual está ubicada en el municipio de Santuario (Risaralda). Sin embargo, según la información aportada por la ESE, la misma señora Grisales Cano declaró que tiene su residencia en París (Francia).

Con el fin de verificar esta información, la Magistrada sustanciadora intentó comunicación telefónica con la actora pero el número de teléfono registrado se encontraba fuera de servicio. Así mismo, mediante Auto del 8 de febrero de 2019, requirió a la agente oficiosa para que aportara información actualizada sobre la señora Cruz Elena y los trámites que se habían adelantado para procurar su afiliación al SGSSS. Sin embargo, mediante oficio del 12 de marzo, la Secretaría General de esta Corporación señaló que el oficio OPT-312/2019 había sido devuelto porque no se encontró registro de la dirección.

Esta Sala considera que en virtud del principio constitucional de buena fe, en primer lugar, no se puede asumir que la información que reposa en el Sisbén sea falsa en particular en cuanto al dato de su residencia habitual. Y en segundo lugar, tampoco se puede inferir que su posible residencia en París implique alta capacidad económica.

26. Lo primero, debido a que se observó que el “Manual del Encuestador”[75] del DNP, si bien contempla la pregunta sobre quiénes son residentes habituales en cada hogar, deja a discreción del encuestador la verificación de que efectivamente lo sean[76] conforme al concepto de ‘residente habitual’ que trae el mismo manual. Esta definición indica, por ejemplo, que también son residentes habituales de un hogar quienes están ausentes por periodos de hasta 6 meses o quienes permanecen exactamente la mitad del tiempo en dos sitios diferentes[77], supuestos en los que el encuestador pudo entender subsumida la situación de la accionante. Además, porque en virtud del principio constitucional de buena fe se debe asumir la credibilidad de la declaración y, como lo ha establecido esta Corporación para otros casos, las inconsistencias no pueden tomarse como prueba suficiente para afirmar que la solicitante faltó a la verdad[78].

Por esta razón, es al DNP a quien le corresponde definir, a partir de la información suministrada por la ciudadana, si ésta es o no una residente habitual; así como determinar cómo se valoran y se registran las dinámicas de movilidad humana (dentro y fuera del país) al momento de hacer las encuestas del Sisbén.

Sobre este punto, la Sala también advirtió que este principio constitucional de buena fe irradia igualmente la normativa específica sobre el derecho a ser afiliado al SGSSS. En este sentido, el Decreto 2353 de 2015, por medio del cual el Ministerio de Salud y Protección Social actualizó las reglas de afiliación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y creó el Sistema de Atención Transaccional, estableció en su artículo 4 que “en aplicación del principio constitucional de la buena fe, en las actuaciones que las personas adelanten ante cualquiera de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud se presumirá que sus afirmaciones y manifestaciones corresponden a la verdad material; lo anterior, sin perjuicio de las denuncias que deban adelantar los actores ante las autoridades competentes cuando se tenga indicios de engaño o fraude al Sistema o de que se están utilizando mecanismos engañosos o fraudulentos para obtener beneficios del Sistema” (Negrita fuera del texto original)[79].

27. Lo segundo, no se tiene información adicional sobre la situación socio-económica de la señora Grisales Cano en Francia que permita inferir que a su llegada al país estaba en las condiciones de asumir el costo de una afiliación al régimen contributivo. Por el contrario, sí es un hecho que la migración de colombianos hacia el extranjero ha sido heterogénea y que cada individuo es único pues tiene una condición económica, social y familiar distinta, y motivaciones diferentes que lo llevan a migrar[80]. Lo anterior hace probable que, efectivamente, la señora Grisales Cano viva allí o, en su defecto, haya efectuado una migración temporal o estacional, que no supone un cambio de lugar de residencia permanente, supuesto que no le corresponde al juez de tutela determinar.

No obstante, la falta de información en este caso tampoco facultaba al juez constitucional para dar tratamiento de persona pobre y vulnerable a alguien que posiblemente reside en Francia o migra por temporadas a París. Recientemente, el DNP informó que en el año 2020 se adoptará la metodología de cálculo del puntaje Sisbén IV el cual permitirá una mejor focalización de los recursos públicos. No obstante, casos como estos permiten advertir a la Sala que las faltas de cuidado de los encuestadores al momento de aplicar las encuestas también pueden generar estas inconsistencias en el Sisbén, las cuales en últimas pueden llegar a tener repercusiones por la indebida focalización de los recursos.

28. Por estas razones la Sala considera que la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira y la EPS-S Asmet Salud debieron gestionar la afiliación preventiva de la demandante, pese a advertir la inconsistencia. En efecto, que la paciente haya manifestado que vivía en París no implicaba necesariamente que no tuviera el derecho a la afiliación; justamente la complejidad y diversidad de las situaciones, explican que existan unas categorías con las que se recaban los datos de la encuesta del Sisbén. Además, la normativa ha previsto un procedimiento especial para validar, actualizar y depurar las inconsistencias que se adviertan. Por ello, no le correspondía a las instituciones del sistema de salud realizar una valoración sobre la “residencia habitual” de la accionante y decidir sobre su derecho a ser inscrita en el Sisbén y, consecuentemente, a ser afiliada al régimen subsidiado de salud. Por el contrario, les correspondía a estas instituciones facilitar su afiliación, y a los entes territoriales realizar su afiliación oficiosa en caso de que la accionante se rehusara a afiliarse al régimen subsidiado.

29. Por estas razones, la Sala encuentra que debe ordenarse a la Alcaldía de Santuario

(Risaralda) que, mediante los procedimientos que corresponda, actualice la información que de la señora Cruz Elena Grisales Cano reposa en el Sisbén, a fin de definir si efectivamente es residente habitual de este municipio. Así mismo, que reporte las novedades que resulten de esta actualización al Departamento Nacional de Planeación.

En segundo lugar, se ordenará al Departamento Nacional de Planeación – DNP que realice el control de calidad de la información que le reporte con estos fines el Municipio de Santuario, conforme a los procedimientos de cruce de información previstos en el Decreto 441 de 2017. Además, que decida sobre la permanencia o el retiro de la accionante del Sisbén, y comunique el resultado de este procedimiento al Municipio de Santuario, a la EPS-S Asmet Salud y a la accionante.

Además, se le advertirá que la inclusión al Sisbén solamente procede para los hogares, las familias o los individuos más pobres y vulnerables del país, y que los recursos del Sistema General de Seguridad Social son escasos y deben focalizarse en la población que más los necesita.

En tercer lugar, se ordenará al Municipio de Santuario (Risaralda) que, si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que se confirme la permanencia en el Sisbén (Nivel I o II) y el cumplimiento de los demás requisitos por parte de la señora Grisales Cano ésta se ha rehusado a realizar su afiliación, proceda a inscribirla de oficio en una EPS-S de las que operan en el municipio y estén autorizadas para recibir afiliaciones conforme a lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 2.1.5.1 del Decreto 2228 de 2017.

Por último, se advertirá a la EPS-S Asmet Salud que en el futuro proceda a afiliar a los pacientes que se lo soliciten conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1438 del 2011 y que, en caso de estar afectada por una medida de limitación de afiliación, proceda a remitir a los pacientes y solicitar su afiliación a la EPS-S del municipio que haya sido designada por la Superintendencia Nacional de Salud conforme a lo dispuesto en el Decreto 1184 de 2016.

Así mismo, se instará al Departamento Nacional de Planeación – DNP para que evalúe la forma en la que, al aplicarse la Encuesta del Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – Sisbén, se valoran y registran las dinámicas de movilidad humana, así como las metodologías de actualización de la

información en relación con la migración de colombianos al extranjero. Lo anterior, a fin de mejorar la calidad y oportunidad de la información registrada con relación a este fenómeno.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del diecinueve (19) de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pereira dentro del proceso de tutela promovido por María Ruth Pescador Chalarca, en calidad de agente oficiosa de Cruz Elena Grisales Cano, en contra de la EPS-S ASMET SALUD y, en consecuencia, CONCEDER su derecho fundamental a la seguridad social por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Santuario (Risaralda) que, en un término de quince (30) días contados a partir de la notificación del presente fallo, de acuerdo al debido proceso para la valoración de permanencia en el Sisbén, actualice la información de la señora Cruz Elena Grisales Cano a fin de definir si efectivamente es “residente habitual” de este municipio. Asimismo, que reporte las novedades que resulten de esta actualización al Departamento Nacional de Planeación – DNP.

Tercero.- ORDENAR al Departamento Nacional de Planeación – DNP que, en un término de quince (3) meses contados a partir de la notificación del presente fallo, de acuerdo al debido proceso para la valoración de permanencia en el Sisbén (Decreto 441 de 2017), realice el control de calidad de la información que le reporte con estos fines el Municipio de Santuario. Además, que decida sobre la permanencia o el retiro de la señora Cruz Elena Grisales Cano del Sisbén, y comunique el resultado de este procedimiento al Municipio de Santuario, a la EPS-S Asmet Salud y a la accionante.

ADVERTIR igualmente a la entidad que la inclusión al Sisbén solamente procede para los hogares, las familias o los individuos más pobres y vulnerables del país, y que los recursos

del Sistema General de Seguridad Social son escasos y deben focalizarse en la población que los necesita.

Cuarto.- ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Santuario (Risaralda) que si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que se confirme por el DNP la permanencia en el Sisbén (Nivel I o II) de la accionante agenciada y el cumplimiento de los demás requisitos para pertenecer al régimen subsidiado, la señora Grisales Cano se ha rehusado a realizar su afiliación, proceda a afiliarla de oficio en una EPS-S que opere en el municipio y esté autorizada para recibir afiliaciones conforme a lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 2.1.5.1 del Decreto 2228 de 2017.

Quinto.- ADVERTIR a la EPS-S Asmet Salud que en el futuro proceda a afiliar a los pacientes que se lo soliciten conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1438 del 2011 y que, en caso de estar afectada por una medida de limitación de afiliación, proceda a remitir a los pacientes y solicitar su afiliación a la EPS-S del municipio que haya sido designada por la Superintendencia Nacional de Salud conforme a lo dispuesto en el Decreto 1184 de 2016.

Sexto.- INSTAR al Departamento Nacional de Planeación para que evalúe la metodología de aplicación de la Encuesta del Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales - Sisbén; la forma en que se valoran y registran las dinámicas de movilidad humana; y los mecanismos e incentivos existentes para la actualización de la información en relación con la migración de colombianos al extranjero. Lo anterior, a fin de que mejorar progresivamente la calidad y oportunidad de la información registrada con relación a este fenómeno y la focalización de los recursos hacia la población más pobre y vulnerable del país.

Séptimo.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-192/19

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR AFILIACION AL REGIMEN SUBSIDIADO-Se debió declarar improcedente por cuanto no se superó requisito de legitimación por activa, teniendo en cuenta que el mecanismo fue instaurado a través de la agencia oficiosa (salvamento de voto)

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Aun si se hubieran acreditado los requisitos de agencia oficiosa, resultaba necesario descartar la posibilidad de estar ante una carencia actual de objeto por situación sobreviniente (salvamento de voto)

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Viabilidad de afiliación al SGSSS dependía de haber oficiado a Migración Colombia para comprobar si la agenciada se encontraba en el país o en qué fecha salió del mismo (salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-7.103.649.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte me permito expresar las razones que me llevan a apartarme de la posición adoptada por la mayoría, en la sentencia T-192 del 13 de mayo de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

1. En esa providencia la Sala revisó la acción de tutela interpuesta por la señora María Ruth

Pescador Chalarca como agente oficiosa de Cruz Elena Grisales Cano, al considerar que la EPS Asmet Salud vulneró su derecho fundamental a la seguridad social. Indicó que debido a una urgencia de salud, la agenciada fue remitida al Hospital Universitario San Jorge de Pereira, y en la medida que no se encontraba afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al ser hospitalizada se le efectuó la encuesta del Sisbén, en la cual obtuvo un puntaje de 39.1 que corresponde al nivel I.

Al responder la encuesta, la señora Grisales Cano mencionó como lugar de residencia el municipio de Santuario; sin embargo, posteriormente aquella le expresó a una empleada del área de trabajo social del Hospital de Pereira que en dicho municipio solo estaba de visita, puesto que su domicilio se encontraba en París (Francia), lugar en el que recibía la atención médica que requería (Pg. 8).

Una vez el estado de salud de la paciente mejoró, los médicos tratantes le indicaron que para darle de alta debía tener garantizada la afiliación al sistema de salud, razón por la cual instauró la acción de tutela. Valga decir que el 15 de febrero de 2018, fue dada de alta sin haber logrado su afiliación y antes de que se resolviera el mecanismo constitucional.

El 19 de febrero 2018, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pereira profirió sentencia en la que negó la protección invocada al argumentar que a la agenciada le fue garantizado el derecho a la salud, en tanto se le brindaron los servicios que requería, y en la medida que su hermana manifestó que se encargaría de adelantar las gestiones necesarias para lograr su afiliación al SGSSS.

En la sentencia T-192 de 2019, la Corte revocó la decisión de instancia y, en su lugar, concedió la protección del derecho a la seguridad social. Al respecto, mencionó que las autoridades accionadas no actuaron de forma diligente para lograr la afiliación deprecada. En consecuencia, la Corporación le ordenó a diferentes entidades analizar la necesidad de afiliar a la señora Cruz Elena Grisales Cano al régimen subsidiado.

2. En primer lugar, considero que en el sub examine no se superó el requisito de la legitimación por activa, teniendo en cuenta que el mecanismo de tutela fue instaurado a través de la figura de la agencia oficiosa, sin que se acreditara el cumplimiento de los elementos que integran dicha institución, específicamente el relacionado con la ratificación.

La Corte ha identificado los requisitos para que opere la agencia oficiosa así: “(i) [que] el agente oficioso manifieste que actúa como tal; (ii) del escrito de tutela se infiera que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer dicha acción, ya sea por circunstancia físicas o mentales; (iii) el titular del derecho debe ratificar lo actuado dentro del proceso y (iv) la informalidad de la agencia, es decir, no requiere que exista relación formal entre el agente y el agenciado”[81] (Negrilla por fuera del texto original).

De lo anterior se desprende que la ratificación de las actuaciones, por parte de aquel a quien favorecen, es un elemento que debe ser analizado por el operador judicial, siempre y cuando sea razonable exigirla, es decir, cuando, dada la situación en la que se encuentre la persona, sea probable su obtención, sin lugar a que esto sea interpretado como la prevalencia de las formas o solemnidades sobre el derecho sustancial.

Bajo tal presupuesto formulo mi primer reparo frente la sentencia de la referencia, pues aunque no se desconoce que al momento de incoar el mecanismo de tutela la agenciada se hallaba en una situación que le impedía actuar por sí misma en tanto estaba hospitalizada, tal circunstancia desapareció una vez fue dada de alta, luego, era dable que el juzgado de única instancia tratase de obtener la aprobación de la señora Grisales Cano frente a lo perseguido en el trámite constitucional. Ante tal omisión, la Corte debió corroborar el cumplimiento del mencionado requisito.

Lo precedente cobra relevancia si se tiene en cuenta que durante el trámite de tutela no se tuvo conocimiento de la relación existente entre la agente oficiosa y la señora Cruz Elena Grisales Cano, aunado al hecho de que en sede de revisión no fue posible obtener contacto con ninguna de las dos, puesto que la comunicación que le fue remitida a la primera fue devuelta por la empresa de correos[82].

Entonces, dada la singularidad del caso y lo pretendido mediante el mecanismo de amparo, el análisis de la Corte no podía desconocer lo siguiente: i) la agenciada le indicó a un miembro del personal del área de trabajo social del centro médico de Pereira que ella residía en París, lugar en el que tenía garantizada la atención en salud, y que al momento de diligenciar la encuesta del Sisbén se encontraba de visita en casa de un familiar; ii) entre el proferimiento de la sentencia de única instancia (19 de febrero de 2018) y la decisión de la Corte (13 de mayo 2019) transcurrió más de un año, por lo que las circunstancias que

dieron lugar a la acción de tutela pudieron variar significativamente; y iii) en sede de revisión no se constató si en la actualidad la señora Grisales Cano se encontraba en Colombia.

Así las cosas, ya que uno de los temas a analizar en el examen de procedibilidad es la legitimación por activa, y en la medida que en el subexamine el mecanismo fue instaurado a través de la agencia oficiosa, era necesario establecer los elementos que integran dicha figura según la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, como no se superó el ítem relacionado con la ratificación de la agencia, siendo razonable su exigencia, el mecanismo de amparo debió declararse improcedente.

3. Ahora bien, si en gracia de discusión se hubiere acreditado lo relacionado con la agencia oficiosa, al abordar el fondo del asunto era necesario descartar la posibilidad de estar frente a una carencia actual de objeto por situación sobreviniente, esto es, que la señora Cruz Helena Grisales Cano hubiera regresado al país en el que indicó estar domiciliada. Frente a las condiciones que dan lugar a dicho instituto jurídico, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente ‘caería en el vacío’. Específicamente, esta figura se materializa a través en las siguientes circunstancias:

3.1.1. Daño consumado. Es aquel que se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que, el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro. Así, al existir la imposibilidad de evitar la vulneración o peligro, lo único procedente es el resarcimiento del daño causado por la violación de derecho. No obstante, la Corte ha indicado que, por regla general, la acción constitucional es improcedente cuando se ha consumado la vulneración pues, esta acción fue concebida como preventiva mas no indemnizatoria.

3.1.3. Acaecimiento de una situación sobreviniente. Se presenta en aquellos casos en que tiene lugar una situación sobreviniente, que a diferencia del escenario anterior, no debe

tener origen en una actuación de la accionada, y que hace que ya la protección solicitada no sea necesaria, ya sea porque el accionante asumió la carga que no le correspondía, o porque la nueva situación hizo innecesario conceder el derecho.”[83] (Negrilla y resalto por fuera del texto original)

Por tanto, para evitar un pronunciamiento constitucional que fuera innecesario, en sede de revisión pudo haberse oficiado a Migración Colombia para que informara si actualmente la agenciada se encontraba en el país o a partir de qué fecha salió del mismo, incluso establecer la continuidad de sus entradas y salidas, lo cual contribuiría a determinar la viabilidad de ordenar su afiliación al SGSSS. La utilidad de dicha prueba se refuerza si se tiene en cuenta que la sostenibilidad financiera del sistema de salud resultaría afectada al tener que reconocer el pago, en términos de UPC, de afiliar al régimen subsidiado de salud a alguien que no lo requiriese, precisamente por no residir en el país.

Con fundamento en lo expuesto, estimo que si en el proyecto de decisión se hubieran abordado con mayor profundidad las anteriores cuestiones, como en su momento lo sugirió el suscrito, otra hubiera podido ser la conclusión al resolver el asunto.

Bajo estos términos dejo consignado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] Folios 7 y 8 del cuaderno 1.

[2] Folio 6 del cuaderno 1.

[3] Este supuesto fáctico fue verificado en Sede de Revisión, sin embargo se incluye en este acápite para clarificar los antecedentes.

[4] Este supuesto fáctico fue verificado en la contestación ASMET SALUD EPS-S a la acción de tutela, sin embargo se incluye en este acápite para clarificar los antecedentes.

[5] Este supuesto fáctico fue verificado en la contestación ASMET SALUD EPS-S a la acción

de tutela, sin embargo se incluye en este acápite para clarificar los antecedentes.

[6] Folio 1 del cuaderno 1.

[7] Folio 1 del cuaderno 1.

[8] Este supuesto fáctico fue verificado mediante llamada telefónica por el juez de única instancia en el trámite de la acción de tutela, sin embargo se incluye en este acápite para clarificar los antecedentes.

[9] Folios 39 a 41 del cuaderno 1.

[10] Folio 40 del cuaderno 1.

[11] Folios 24 a 29 del cuaderno 1.

[12] Folios 32 a 34 del cuaderno 1.

[13] Folios 51 a 53 del cuaderno 1.

[14] Folios 52 del cuaderno 1.

[15] Folio 61 del cuaderno 1.

[16] Ibídem.

[17] Folios 74 y 75 del cuaderno 2.

[18] Folio 75 del cuaderno 2.

[19] Folio 75 del cuaderno 2.

[20] Folios 78 al 93 del cuaderno 2.

[21] Se advierte una imprecisión sobre la fecha en la cual fue dada de alta la señora Cruz Elena Grisales Cano. Conforme al juez de única instancia esto solo ocurre hasta el 15 de febrero de 2018.

[22] Folio 134 del cuaderno 2.

[23] Folio 134 del cuaderno 2.

[24] Folio 134 del cuaderno 2.

[25] Ibidem.

[27] Sentencias T-004 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-397 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-541A de 2014 y T-742 de 2004, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[28] Sentencia T-353 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

[29] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[30] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[31] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[32] Sentencia T-353 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

[33] Folio 61 del cuaderno 1.

[34] Sentencia T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[35] Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[36] Folio 1 del cuaderno 1.

[37] Estas consideraciones fueron tomadas parcialmente de la Sentencia T-673 de 2016 y T-114 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[38] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[39] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[40] M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[41] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante el cuestionamiento formulado por

el Magistrado Rojas Ríos sobre la capacidad jurisdiccional de la Superintendencia de Salud en las regiones del país, el jefe de la entidad señaló: “(...) la capacidad de la Superintendencia Nacional, Magistrado, nosotros tenemos presencia en seis regionales, yo tengo funcionarios prácticamente por todo el país, muy pocos (...) solamente tengo seis regiones, desafortunadamente los funcionarios que hoy tengo en las regiones, no sé con qué criterio ni con qué características fueron designados, hay unas regiones que son más administrativas, donde casi todos son administradores de empresas, otras son más jurídicas, nosotros tenemos que replantear, ya estamos en un proceso de reorganización de la entidad que hace necesario, y efectivamente necesitamos fortalecer la Superintendencia en las regiones porque hoy no tenemos capacidad de interlocución, lo máximo que hace un funcionario mío fuera de Bogotá es recibir la petición, la queja o el reclamo, pero no tiene la capacidad de interlocución, ni de solucionar en el campo el problema, hoy dependen de Bogotá (...)”

[42] Sentencia T-114 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[43] Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

[44] Sentencia T-790 de 2002, M.P. Alexei Julio Estrada.

[45] Sentencia T-760 de 2008, MP: Manuel José Cepeda, en referencia a la Sentencia T-859 de 2003.

[46] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[47] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[48] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[49] Sentencia T-327 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[50] Artículo 49 de la Constitución Política. “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 de su comunidad (...)"

[51] Artículo 156 de la Ley 100 de 1993

[52] Artículo 157 de la Ley 100 de 1993

[53] Sobre este tercer grupo, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia T-210 de 2018 y recordó que la Sentencia T-611 de 2014 estableció que la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 implicó no solo la desaparición de la figura de participantes vinculados del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, “generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud”. En otras palabras, después de esta norma, los entes territoriales tienen el deber de afiliar al Régimen Subsidiado a toda la población pobre que resida en su jurisdicción, y no se encuentre asegurada. La anterior regla jurisprudencial fue reiterada por esta Corporación en la Sentencia T-614 de 2014 al analizar el caso de un menor de edad al que

la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá y el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema debido a que no se había realizado la encuesta para clasificarlo en el Sisbén. En esta ocasión, el Distrito aplicó erróneamente la extinta figura de los “participantes vinculados” y, por ende, omitió dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, prolongando en el tiempo la afiliación de la peticionaria y su hijo al régimen subsidiado de salud.

[54] Artículo 157 literal B de la Ley 100 de 1993

[55] Ley 715 de 2001.

[56] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[57] Declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-791 de 2011.

[58] Artículo 32 de la Ley 1438 de 2011.

[59] Con fundamento en esta ley, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió el Decreto 2353 de 2015 mediante el cual se crea el Sistema de Afiliación Transaccional con el fin de optimizar, simplificar, facilitar y centralizar completamente todos los trámites de afiliación al SGSSS y la información general de los afiliados.

[60] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[61] Sobre el particular es preciso establecer que pese a que algunas EPS-S están autorizadas a operar en determinados municipios, las mismas pueden presentar limitaciones para realizar afiliaciones y traslados por razón de medidas de vigilancia administrativa que les han sido impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud, como ocurre en el presente caso.

[62] Artículo 11. Creación del Sistema de Afiliación Transaccional. Créase el Sistema de Afiliación Transaccional como un conjunto de procesos, procedimientos e instrumentos de orden técnico y administrativo, que dispondrá el Ministerio de Salud y Protección Social para registrar y consultar, en tiempo real, los datos de la información básica y complementaria de los afiliados, la afiliación y sus novedades en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Ministerio de Salud y Protección Social definirá las transacciones que pueden realizar los diferentes usuarios, de acuerdo con las competencias de éstos y los niveles de acceso que se definan. Una vez el Sistema de Afiliación Transaccional inicie su operación, éste será el medio para el registro de la afiliación y el reporte de novedades.

El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá la administración del Sistema de Afiliación Transaccional y definirá la responsabilidad de cada uno de los actores en el registro y reporte de la información en el Sistema, la estructura de datos y los medios magnéticos o electrónicos que se requieran para procesar la información del mismo.

La información contenida en el Sistema de Afiliación Transaccional y su manejo, cuando corresponda, estarán sujetos a las disposiciones sobre protección de datos regulados por la Ley 1581 de 2012 y las normas que la reglamenten, adicionen o sustituyan.

El Sistema de Afiliación Transaccional permitirá la consulta de la información referente al estado de pagos de las cotizaciones, en especial, la de los empleadores respecto de sus trabajadores como cotizantes dependientes. Este Sistema podrá interoperar con la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA y para su consulta también podrán acceder las entidades públicas y privadas responsables del recaudo y de la vigilancia y control del pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así mismo, esta información sobre las personas que se encuentran en mora deberá estar disponible para efectos del reporte de que trata el artículo 5 de la Ley 828 de 2003, así como, de la verificación de la información en el registro único de proponentes de que trata la mencionada ley.

[63] Artículo 15. Transición al Sistema de Afiliación Transaccional. “Las personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud que, a la fecha en la que empiece a operar el Sistema de Afiliación Transaccional, se encuentren incluidas en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) se considerarán registradas en dicho Sistema e inscritas en la EPS o EOC en la que venían afiliadas, siempre y cuando sus datos básicos se encuentren correctamente registrados y validados por el Ministerio de Salud y Protección Social.

El Sistema de Afiliación Transaccional entrará en operación en forma gradual, en una etapa inicial se realizará la verificación de datos básicos del afiliado. En los casos en que el registro de un afiliado no sea coincidente con la información de referencia, el afiliado

deberá actualizar sus datos básicos a través del Sistema de Afiliación Transaccional ó en cumplimiento del artículo 11 del Decreto Ley 019 de 2012, el administrador del Sistema podrá corregirlos con base en la información de referencia”.

[64] Artículo 94. Focalización de los servicios sociales. Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: “Focalización es el proceso mediante el cual, se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable.

El Conpes Social definirá cada tres años los criterios e instrumentos para la determinación, identificación y selección de beneficiarios, así como, los criterios para la aplicación del gasto social por parte de las entidades territoriales.

El Gobierno Nacional, a través del Departamento Nacional de Planeación, definirá las condiciones de ingreso, suspensión y exclusión de las personas a las bases de datos que hacen parte de los mencionados instrumentos, los cruces de información necesarios para su depuración y actualización, así como los lineamientos para su implementación y operación, el diseño de las metodologías, la consolidación de la información a nivel nacional, los controles de calidad pertinentes; y coordinará y supervisará su implementación, mantenimiento y actualización. En desarrollo de esta atribución, el Gobierno Nacional, en situaciones especiales y con el objetivo de garantizar la efectividad de los instrumentos de focalización, de manera preventiva podrá suspender temporalmente su actualización en el país, con las excepciones a que hubiere lugar.

Para la definición de los criterios de egreso, suspensión o exclusión de las personas de las bases de datos, se tendrán en cuenta la aplicación de los principios de transparencia, igualdad y publicidad de la información, que no goce de protección constitucional o reserva legal, así como los principios constitucionales que rigen la administración de datos personales, de conformidad con las normas vigentes.

Las entidades territoriales tendrán a cargo su implementación, actualización, administración y operación de la base de datos, conforme a los lineamientos y metodologías que establezca el Gobierno Nacional (...)” (Negrita fuera del original).

[65] Documento CONPES 3877 del 5 de diciembre de 2016: “DECLARACIÓN DE

IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN DE POTENCIALES BENEFICIARIOS (SISBÉN IV)", DNP. Consultado el 16 de marzo de 2018. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3877.pdf>

[66] Citado en documento CONPES 3877 de 2016: "Los Decretos 4816 de 2008 y 1192 de 2012, compilados en el Decreto 1082 de 2015, donde se establecen los criterios de inclusión, suspensión y exclusión de la base de datos, los cruces de información, la reserva de la ficha de clasificación socioeconómica, y las condiciones de remisión y consolidación de las bases de datos de los municipios".

[67] Ibidem.

[68] Sentencia T-476 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[69] Recuperado de <https://www.sisben.gov.co/Paginas/Noticias/Puntos-de-corte.aspx>. Consulta realizada el 26 de abril de 2019.

[70]"Artículo 2.1.10.5.1. Limitación de la capacidad de afiliación. La Superintendencia Nacional de Salud podrá ordenar la limitación de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados, de las entidades promotoras de salud, organizaciones solidarias vigiladas por esa Superintendencia y cajas de compensación familiar, que operan en los regímenes contributivo y subsidiado, que han sido objeto de una o varias de las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión o de la intervención forzosa administrativa para administrar".

[71] Decreto 1184 de 2016. Artículo 2.1.10.5.3. Protección del derecho fundamental a la salud por efecto de la aplicación de la limitación de la capacidad de afiliación. "Cuando la entidad objeto de la medida de limitación de la capacidad de afiliación sea la única que se encuentre operando el Régimen Contributivo o Subsidiado en un municipio, la Superintendencia Nacional de Salud invitará a las entidades que operan el mismo régimen en el respectivo departamento o, en su defecto, en los departamentos circunvecinos para que manifiesten su voluntad de recibir los afiliados. La Superintendencia Nacional de Salud designará, mediante acto administrativo, a aquella entidad promotora de salud que cuente con el mayor número de afiliados de aquellas que hayan expresado su voluntad de recibirlos. En el evento de que ninguna entidad manifieste su voluntad de recibir los

afiliados, la Superintendencia Nacional de Salud definirá, mediante acto administrativo, la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados (...).".

[72] Folio 134 del cuaderno 2.

[73] Folios 7 al 10 del cuaderno 1.

[74] Resolución 10002 del 28 de septiembre de 2018 de la Superintendencia Nacional de Salud, consultada el 28 de marzo de 2019. Recuperada de: <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Resoluciones/RESOLUCI%C3%93N%2010002%20DE%202018.pdf>

[75] Departamento Nacional de Planeación, "Manual del Encuestador". Consultado el 18 de marzo de 2019. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/331340461/05-MANUAL-DEL-ENCUESTADOR-pdf>

[76] "Pregunte cuáles son los nombres y apellidos de las personas que conforman este hogar, RESIDENTES HABITUALES, presentes o no. Identifique el jefe del hogar y regístrelo siempre en el número de orden 01. Pregunte si hay OTRAS personas que HAGAN PARTE de este hogar y que no hayan sido anotadas en la lista anterior: niños menores de edad, ancianos, personas internadas en clínicas, secuestradas, en vacaciones, fuera del hogar. Pregunte quiénes son y asegúrese de que efectivamente sean residentes habituales e inclúyalas en la ficha".

[77] "Residente habitual: Es la persona que vive permanentemente en una unidad de vivienda (...) se consideran residentes habituales también: (...) Quienes estén ausentes por motivos especiales como vacaciones, estudio o trabajo, cursos cortos de capacitación, viajes de negocio o de trabajo, siempre y cuando la ausencia sea menor o igual a 6 meses (...) De acuerdo con la definición, NO SON RESIDENTES HABITUALES DEL HOFAR (sic) en el cual se está haciendo la encuesta Sisbén: (...) Las personas que estudian o trabajan en otro lugar y vienen los fines de semana o durante las vacaciones al hogar de su familia. (...) Caso especial. Cuando se presenta el caso de personas que por razones de estudio, trabajo o por otro motivo permanecen exactamente la mitad del tiempo en dos sitios diferentes, se deben considerar residentes habituales de la unidad de vivienda donde residen los miembros de su hogar, es decir, donde se encuentren seres que de alguna manera tengan lazos de

consanguinidad con la persona” (Negrita fuera del texto original).

[78] En relación con la valoración de las declaraciones de las personas en situación de desplazamiento, la Corte en Sentencia T-493 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, señaló: “en virtud del principio de buena fe, deben tenerse como ciertas, prima facie, las declaraciones y pruebas aportadas por el declarante. En este sentido, si el funcionario considera que la declaración o la prueba falta a la verdad, debe demostrar que ello es así; los indicios deben tenerse como prueba válida; y las contradicciones de la declaración no son prueba suficiente de que el solicitante falte a la verdad”.

[79] Este mismo decreto señaló en su artículo 7 que “cuando la autoridad territorial identifique afiliados al Régimen Subsidiado que no cumplan las condiciones para ser beneficiarios del mismo, deberá adelantar la actuación administrativa tendiente a la exclusión como afiliado en el régimen subsidiado e informar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP y al Departamento Nacional de Planeación”.

[80] Sobre lo anterior, es preciso referir una tesis doctoral que tuvo el objeto de estudiar quiénes son los inmigrantes colombianos en Francia y por qué se fueron. En esta investigación, se advirtió que con la crisis económica de mediados de los 90 y las restricciones que impusieron los Estados Unidos para ingresar a su territorio, los colombianos empezaron a emigrar a países como Francia, para lo cual aprovecharon las facilidades para entrar a Europa que existían hasta el año 2002, donde luego se quedaban de forma irregular.

Sobre los inmigrantes colombianos en Francia, advirtió dicha investigación que: “se trata de una población ligeramente más femenina que masculina (6 mujeres frente a 4 hombres), que proceden principalmente de la región cafetera, con un predominio muy fuerte de un pueblo llamado Santuario (Risaralda) de 8.000 habitantes y de la ciudad de Cartago (Valle del Cauca). Se encuentran en Francia, y particularmente en París (...) La composición de la migración colombiana es más heterogénea que homogénea: no se trata exclusivamente de las clases altas o medias que emigran, sino también de trabajadores de clases más desfavorecidas o de clases medias bajas” (Negrita fuera del texto original) (GINCEL COLLAZOS, Anne Beatrice (2010). “La migración colombiana a Francia ¿En búsqueda del

país de los derechos humanos". Revista Sociedad y Economía, Universidad del Rosario No. 19, 70-90. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/soec/n19/n19a05.pdf>)

Además, señaló que parte importante de estos migrantes colombianos son "indocumentados" o "sans papiers", como se les llama en este país de acogida. Este estudio advirtió que pese a ser indocumentados, a los colombianos no se les impide disfrutar de servicios sociales franceses, como el acceso a la salud: los colombianos indocumentados que viven en Francia tienen acceso a la Ayuda Médica de Estado (AME). Generalmente, estos migrantes trabajan de forma informal, en sectores donde hay una gran demanda de trabajo: el de la construcción; la limpieza y los servicios domésticos, y su proyecto migratorio es temporal, y generalmente se da para ahorrar dinero y regresar a Colombia. Como se advierte, de los Colombianos que residen en París un gran número de ellos procede justamente de Santuario (Risaralda) de donde la accionante declaró ser residente habitual.

[81] Sentencia T-406 de 2017. Dichos elementos fueron reiterados en la decisión T-358 de 2018.

[82] Al confrontar el motivo de devolución expuesta por la empresa de correos, esta hizo referencia a la causal "desconocido", lo que permite aseverar que en la actualidad la dirección expuesta en el escrito de tutela no corresponde a la ubicación de su destinatario.

[83] Sentencia T-039 de 2019.