

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Desvinculación de accionantes desconoce derechos fundamentales

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Procedimiento que debe adelantar Secretaría de Salud para excluir a un afiliado

Para la Corte Constitucional resulta claro que la Secretaría de Salud del Distrito puede desafiliar a las personas que en la actualidad se reporten como afiliadas, pero para la adopción de tal decisión se hace necesario el respeto de unas reglas mínimas de procedimiento administrativo, en guarda del derecho a la salud de los afiliados. Como el régimen subsidiado se ordena para la protección especial de la población pobre y vulnerable, la variación en dicha calificación establecida mediante una encuesta Sisben debe serlo mediante la realización de una nueva encuesta en la que se debe determinar técnicamente la no pertenencia a ese sector de la población. La Secretaría de Salud del Distrito puede excluir de la afiliación al régimen subsidiado a la persona que reporte multifiliación (en este caso entre el régimen subsidiado y el contributivo), pero en dicho caso debe mediar acto administrativo motivado y debidamente notificado a los interesados para que ejerzan los recursos legales y no limitarse a comunicar lo decidido a las ARS. Las encuestas son procedimientos administrativos desarrollados por las entidades territoriales para identificar la población beneficiaria del régimen subsidiado, necesarias para la afiliación, que tiene una vigencia indefinida mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad y pobreza. Las encuestas pueden ser revisadas en cualquier momento por iniciativa de la Secretaría de

Salud o a solicitud del beneficiario. En el evento en que se presente una modificación en las condiciones socioeconómicas, se puede excluir al afiliado del régimen subsidiado. La Corte Constitucional concluye que en el presente caso la Secretaría de Salud del Distrito desconoció el debido proceso administrativo que es preciso adelantar para proceder a la desvinculación de un beneficiario del régimen subsidiado y por esa vía desconocían los derechos fundamentales de los actores en la presente acción de tutela.

Referencia: expediente T-1230226

Acción de tutela instaurada por Armando Gutiérrez Galindo y María del Carmen Rodríguez de Gutiérrez contra el Seguro Social EPS, Secretaría de Salud Distrital, Humana Vivir ARS y Comfenalco ARS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil seis (2006).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en primera instancia por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá y en segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., que resolvió la acción de tutela promovida por Armando Gutiérrez Galindo y María del Carmen Rodríguez de Gutiérrez contra la Secretaría de Salud Distrital, Humana Vivir ARS, Instituto de Seguros Sociales y Comfenalco ARS

I. ANTECEDENTES

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1.- Afirman los accionantes que han acudido en varias oportunidades al Instituto de Seguros Sociales con el fin de solicitar se les realicen las correcciones administrativas necesarias por cuanto en dicha entidad ellos aparecen como beneficiarios en el régimen contributivo de seguridad social.

2.- En efecto señalan que en el Instituto de Seguros Sociales aparecen inscritos y esta institución solo se limita a expedir una constancia donde los peticionarios se reportan como beneficiarios de una “señora” a la que manifiestan no conocer¹.

3.- Afirman que tal situación ha generado su exclusión como beneficiarios del régimen

subsidiado, puesto que aparecen como multifiliados situación que no es permitida por la regulación legal del sistema de seguridad social.

4.- Manifiestan los peticionarios que se encuentran enfermos de salud y necesitan la realización de tratamientos así como el suministro de medicamentos, pero ante la exclusión del sistema de seguridad social subsidiado no han podido consultar al médico. El Señor Armando Gutiérrez, según su afirmación, padece de problemas en la columna vertebral y la Señora María del Carmen Rodríguez de Gutiérrez sufre de hipertensión la cual fue dictaminada por un médico del Hospital San Cristóbal E.S.E.

5.- Los demandantes manifiestan carecer de recursos económicos, por cuanto el Señor Armando Gutiérrez no puede trabajar debido a sus dolencias. Por esta razón sufragan sus gastos de los ingresos de la Señora María del Carmen Rodríguez de Gutiérrez los que ascienden a la suma de \$120.000 mensuales los que obtiene como vendedora de productos de estética.

6.- Los actores solicitan tutelar los derechos fundamentales a la vida y salud vulnerados por el Seguro Social EPS, Secretaría de Salud Distrital, Humana Vivir ARS y Comfenalco ARS. Igualmente ordenar al Seguro Social corrija de inmediato la irregularidad que se presenta en el sistema y se los excluya de su base de datos como afiliados, por cuanto dicha información no es cierta. De otra parte ordenar a las entidades accionadas corregir de manera definitiva la inclusión en la base de datos de Secretaría de Salud Distrital, Humana Vivir ARS y Comfenalco ARS, para así poder gozar de los beneficios de salud en lo sucesivo y en recibir los medicamentos y terapias requeridas.

Defensa de las entidades requeridas

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá requirió la intervención de las entidades

demandadas, las cuales dieron respuesta en los siguientes términos:

7.- Comfenalco ARS indica que la Señora María del Carmen Rodríguez de Gutiérrez estuvo afiliada al régimen subsidiado desde el 5 de octubre de 2002 hasta el 1 de abril de 2004 e igualmente manifiesta que el Señor Armando Gutiérrez fue afiliado al régimen subsidiado en Humana Vivir ARS. Precisa que el artículo 28 y ss del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS, determina que si se detecta por parte de la Secretaría de Salud del Distrito una multifiliación entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado, esta debe proceder a la exclusión del beneficiario del sistema de régimen subsidiado. La Secretaría notificó a Comfenalco ARS la exclusión de la señora María del Carmen Rodríguez por registrarse como afiliada al régimen contributivo del ISS, por tanto adquieren desde el 1 de abril de 2004 la condición de no beneficiaria del régimen subsidiado.

8.- La Secretaría de Salud Distrital de Bogotá da una respuesta diferente para proceder a realizar la exclusión donde manifiesta que revisada la base de datos los accionantes fueron encuestados el 11 de agosto de 1997, obteniendo un puntaje de 46.20, lo que los ubica en el nivel 2 del Sisben. Los accionantes no gozan de los subsidios parciales otorgados por el Distrito Capital para ese nivel ya que ellos debieron elegir una ARS en los períodos señalados por el Ministerio de Protección Social para el año 2004. A la fecha de la respuesta, la Secretaría de Salud del Distrito está desarrollando el proceso de selección para las personas del nivel 2 cuya encuesta se halla realizado con posterioridad a febrero 2 de 2003 (la encuesta realizada a los actores está fechada en 1997). Afirma que la atención médica de los actores se debe realizar en su calidad de vinculados por tanto no se está vulnerando el derecho a la salud de los peticionarios.

9.- La entidad accionada Humana Vivir ARS, manifiesta que revisado el estado de afiliación de los tutelantes se reporta como inactivo a Armando Gutiérrez, y que según los comunicado por la Secretaría Distrital de Salud ha sido excluido del régimen subsidiado y que Humana Vivir ARS es ajena a la decisión y no tiene injerencia alguna en la vinculación o

desvinculación al régimen subsidiado.

La sentencia de primera instancia.-

10.- El 26 de agosto de 2005 el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá concede la tutela presentada, pues en su criterio a los peticionarios se les ha violado los derechos fundamentales a la vida y a la salud por conexidad. El Juez de primera instancia considera que procede ordenar por vía de tutela la realización de una nueva encuesta de Sisben para los accionantes. Los argumentos presentados en esta instancia para la protección de los derechos son los siguientes:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

10.1.- Los beneficiarios fueron clasificados por la encuesta de Sisben realizada el 11 de agosto de 1997 en el nivel 2, circunstancia que llevó a Armando Gutiérrez a afiliarse a la ARS Humana Vivir y a la Señora Carmen Rodríguez de Gutiérrez a la ARS Comfenalco.

10.2.- La Secretaría Distrital de Bogotá los excluye por no contar con encuesta de Sisben realizada de acuerdo con la nueva metodología, situación esta que le permite afirmar a la Secretaría que los actores no cuentan con los requisitos para ser considerados como beneficiarios del régimen subsidiado de salud.

10.3.- El derecho a la seguridad social el constituyente lo consideró: (i).- Como un elemento indispensable para posibilitar la realización de una vida en condiciones dignas; (ii).- Como un servicio público de carácter obligatorio; (iii).- La ley 100 de 1993 reguló de manera integral el sistema de seguridad social articulando de manera coherente al sector público y al sector privado; (iv).- La ley 100 de 1993 introduce en el orden jurídico interno los principios y garantías de la OIT; (v).- Para el cumplimiento del principio de universalidad del sistema de

seguridad social, la ley 100 de 1993 estableció tres regímenes especiales: contributivo, subsidiado y vinculado.

10.4.- El Juzgado no considera viable el argumento de la Secretaría de Salud Distrital por el cual los afiliados deben ser excluidos del régimen subsidiado, por no poseer una encuesta de Sisben acorde con la nueva metodología, situación esta que viola de manera abierta el derecho a la salud, mas cuando los accionantes no han realizado una solicitud de reclasificación o de realización de una nueva encuesta.

10.5.- La afiliación al régimen contributivo en el Instituto de Seguros Sociales aparece como inactiva, por tal razón, no puede aducirse tal situación como la causa generadora de la desvinculación al régimen subsidiado.

10.6.- El Juzgado cita como precedente la sentencia T-258/02 donde la Corte Constitucional determina que no puede ella en ejercicio de su competencia entrar a modificar la afiliación, pero si ordenar la realización de estudios para desarrollar una valoración de la situación económica actual del beneficiario, igualmente se menciona la sentencia T-1083/00 con la cual pretende resaltar el carácter demostrativo de la acción de tutela y en la cual pese a que la actora no solicita la realización de la encuesta, la Corte Constitucional autoriza la realización de la misma.

10.7.- El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá decide: (i).- Conceder la tutela; (ii).- Dejar sin efecto legal el acto administrativo proferido por la Secretaría Distrital de Salud por el cual se excluyó a los actores del registro de beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social; (iii).- Ordenar a la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá realizar una nueva encuesta a los accionantes; (iv).- Ordenar a la Secretaría de Salud Distrital se informe al Juzgado sobre las medidas adoptadas para cumplir con lo ordenado en la sentencia; (v).- Absolver de responsabilidad al Instituto de Seguros Sociales, Comfenalco ARS y Humana Vivir

ARS.

11. La decisión referida fue impugnada por la Secretaría Distrital de Salud, con base en los siguientes argumentos.

11.1.- La revocatoria de la decisión administrativa adoptada por la Secretaría Distrital de Salud, obliga prácticamente a cubrir el costo total de los tratamientos futuros que sean ordenados a los accionantes, los cuales no se ubican dentro de los rangos de gratuidad establecidos por la ley.

11.2.- El Juez está adoptando decisiones de carácter administrativo que solo competen al Departamento Administrativo de Planeación de la Secretaría Distrital de Salud y es a ella a quien le compete incluir o excluir las personas beneficiarias del régimen de seguridad social subsidiado. Cita como precedente la sentencia T-409/95 donde se precisa que la tutela no es el mecanismo apropiado para lograr la clasificación de los afiliados.

11.3.- Solicita el impugnante sean tenidos en cuenta los argumentos presentados por la Secretaría Distrital de Salud al momento de realizar el derecho a la defensa cuando contestó la tutela presentada, puesto que éstos no han sido valorados ni tenidos en cuenta en el proceso.

La sentencia de segunda instancia.-

12.- El Tribunal Superior de Bogotá, D.C., Sala Civil de Decisión, mediante sentencia del 19 de octubre de 2005 decide revocar la decisión proferida por el Juzgado Quinto Civil del

Circuito de Bogotá y por tanto niega la protección de los derechos solicitados por los actores. Para adoptar dicha decisión se funda en los siguientes argumentos:

12.1.- Los estados contemporáneos buscan lograr la efectividad de los derechos (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966) y la Constitución de 1991 incorporó la acción de tutela para alcanzar dicha finalidad.

12.2.- La acción de tutela protege la salud en conexidad con la vida. La vida es un derecho absoluto que no admite limitaciones, así en determinadas circunstancias, se debe proteger la vida con la obligación de sufragar por parte del Estado los gastos que genere el tratamiento y/o suministro de medicamentos (art. 13 C.P.).

12.3.- Citando la sentencia T-307/99 se afirma que: (i).- El sistema de selección de beneficiarios para programas sociales del Sisben constituye el principal instrumento a disposición de las entidades territoriales para focalizar el gasto social descentralizado; (ii).- La selección de beneficiarios al Sisben debe ser justa y equitativa para garantizar que los dineros públicos lleguen a los sectores sociales que requieren de ellos; (iii).- El Sisben es un programa de focalización del gasto público social descentralizado y diseñado por el Departamento Nacional de Planeación e implementado por los Distritos y Municipios; (iv).- Los criterios para determinar quienes son los beneficiarios del régimen subsidiado han señalado que éstos deben pertenecer a los niveles 1 y 2 (excepcionalmente nivel 3).

12.4.- Se cita la sentencia T-185/09 (sic)², para resaltar por parte del Tribunal que no corresponde a la jurisdicción atribuirse competencias administrativas y proceder en consecuencia a realizar la reclasificación del nivel socio-económico del afiliado. Igualmente se trae a colación la sentencia T-747/05 en la cual la Corte Constitucional reproduce el procedimiento y la metodología de selección por parte del Estado para determinar quien

debe ser beneficiario del Sisben.

12.5.- Con referencia a los hechos, el Tribunal considera que la reclasificación fue publicitada y la situación actual de los accionantes no les permite ubicarse con iguales criterios a la realizada en 1997, por cuanto las situaciones socio-económicas cambian de dicha fecha a hoy.

12.6.- Si los accionantes no se encuentran inscritos en ninguna ARS, por disposición legal ellos pertenecen al régimen vinculado y dentro de él deben hacer valer sus peticiones para ser atendidos por el Sistema General de Seguridad Social. La calidad de vinculados no los exonera de realizar los pagos de cuotas moderadoras que se determinan para ese nivel.

12.7.- Considera el Tribunal que no existe violación al derecho a la salud, por cuanto dentro del proceso no existen pruebas que demuestren que a los accionantes se les ha negado procedimiento o tratamiento médico alguno, solo temen lo que les puede llegar a pasar lo cual no constituye un perjuicio irremediable. En su carácter de pertenecer al régimen vinculado pueden obtener atención de sus enfermedades por parte de los Hospitales Públicos ESE.

Al ser enviada a la Corte Constitucional la tutela objeto de estudio fue seleccionada para revisión correspondiendo su estudio a la Sala Cuarta de Revisión.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia

1.- Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el decreto 2591 de 1991, para revisar los presentes fallos de tutela.

Problema jurídico y doctrina constitucional.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2.- Debido a que los actores fueron excluidos del régimen subsidiado, la Corte Constitucional debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

(1).- Determinar si la exclusión del régimen subsidiado de salud realizada por la Secretaría de Salud del Distrito viola o vulnera derechos fundamentales de los accionantes; (2).- Precisar el procedimiento que debe adelantar la Secretaría de Salud del Distrito para excluir a un afiliado del régimen subsidiado; (3).- Identificar si en el proceso de exclusión adelantado por la Secretaría de Salud del Distrito se respetó el debido proceso administrativo.

La Corte Constitucional procede a resolver cada uno de los problemas planteados integrando los elementos fácticos del caso con las reglas jurídicas aplicables a cada uno de los interrogantes.

La desvinculación de los accionantes al régimen subsidiado desconoce o amenaza derechos fundamentales?

3.- Los tutelantes a la fecha tienen 67 y 66 años respectivamente, situación que los ubica como personas pertenecientes a la tercera edad (artículo 46 de la C.P.).3

4.- Su afiliación al régimen subsidiado se realiza como pertenecientes al nivel 2 de estrato socio - económico, lo que permite presumir su incapacidad económica, pues el puntaje alcanzado en la encuesta Sisben es de 46.20.

De otra parte y según afirmación de los actores, su manutención depende del trabajo que realiza María del Carmen como promotora de productos de belleza, actividad en la cual devenga ciento veinte mil pesos (folio 8). La anterior aseveración no ha sido desvirtuada dentro del proceso, por tanto permite probar la incapacidad económica de los actores según lo reglado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

En conclusión, los argumentos anteriormente anotados permiten calificar a los actores como personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y que gozan de la especial protección del Estado y, por tanto su desvinculación al régimen subsidiado afecta el derecho fundamental a la seguridad social en conexidad con la vida.

5.- Según afirmación de los actores, fueron desafiliados del régimen subsidiado de salud por parte de la Secretaría Distrital de Salud del Distrito al encontrarse registro de afiliación vigente al régimen contributivo en el Instituto de Seguros Sociales, como beneficiarios de una “Señora” a la cual manifiestan no conocer.

El Departamento Nacional de Afiliación y Registro del Instituto de Seguros Sociales, mediante constancia del 3 de diciembre de 2004, certifica que María del Carmen Rodríguez figura como beneficiario en salud inactivo.

Para Armando Gutiérrez, se expide constancia en igual sentido donde se reporta que la afiliación realizada el 2 de junio de 1974 como beneficiario de Bertha Patricia Gamba Alfaro

se encuentra inactiva, tanto en salud como en pensión.

Ante la situación anotada los actores consideran que el motivo por el cual la Secretaría de Salud del Distrito realizó la desvinculación se debe a la multifiliación que se presenta entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado.

6.- La Secretaría de Salud del Distrito manifiesta que la desvinculación obedece a que los actores poseen encuesta Sisben 1997 y la exigida corresponde a la realizada en el 2003; afirma la entidad

“[...] el accionante ARMANDO GUTIERREZ y la Señora MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ, una vez revisada la base de datos el día 25 de agosto de 2005, versión junio/05 se encontró que aparecen con encuesta SISBEN, realizada el día 11 de agosto de 1997, en virtud de la cual obtuvo 46.20 puntos, ficha 389367 que lo identifican como beneficiario del subsidio en salud en el nivel 2 de SISBEN.

Ahora, en la actualidad se está desarrollando durante el mes de agosto [del 2005] el período de libre elección para la población potencialmente beneficiaría con subsidios totales y parciales de acuerdo al nivel de SISBEN que se encuentran clasificados en el caso de estudio NIVEL DOS, pero que cuenten con encuestas sisben efectuadas con la nueva metodología, es decir las efectuadas con posterioridad al 2 de febrero de 2003 y como se observa los accionantes poseen encuesta del 11 de agosto de 1997, hace mas de siete años”

Para la Corte Constitucional es claro, según lo expuesto por la Secretaría de Salud del Distrito, que la razón para proceder a la desvinculación de los actores del régimen subsidiado es el no poseer encuesta Sisben actualizada conforme a los lineamientos del año 2003 y no la multifiliación como inicialmente planteaban los actores.

7.- De las pruebas aportadas al proceso se puede determinar que debido a la pérdida de la calidad de afiliada al régimen subsidiado, María del Carmen Rodríguez ha sido atendida por el sistema de seguridad social como vinculada a través del Hospital San Cristóbal E.S.E, en dicho tratamiento se le diagnostica hipertensión y se ordena de manera permanente el suministro de medicamentos para su tratamiento y prevención, situación que le genera mas costos y procedimientos adicionales para su atención médica.

El Señor Armando Gutiérrez manifiesta que su afección en la columna lo imposibilita para trabajar, pero tal afirmación no es soportada médicamente dentro del proceso por medio probatorio distinto que el mismo dicho del actor.

8.- La Corte Constitucional concluye que la actuación administrativa desarrollada por la Secretaría de Salud Distrital, podría afectar el derecho a la salud en conexidad con la vida digna, pero para determinar si existe responsabilidad por parte de la Secretaría se hace necesario precisar las obligaciones y los derechos de los cuales goza la entidad en la administración del régimen subsidiado.

Procedimiento que debe adelantar la Secretaría de Salud del Distrito para desvincular a un afiliado.-

9.- La Corte considera necesario establecer el marco jurídico legal para que la Secretaría de

Salud del Distrito realice una desvinculación del régimen subsidiado a los afiliados y dentro de él analizar la procedencia de la petición de los actores.

El artículo 157, numeral 2 de la Ley 100 de 1993 establece, en lo que respecta al régimen subsidiado, que

“Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 2114 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como (...) las personas mayores de 65 años (s.f.t)”.

La Ley 100 de 1993 en el artículo 213 regula lo relacionado con los beneficiarios del régimen subsidiado, estableciendo que el Gobierno Nacional, previa recomendación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSS) definió los criterios generales que deberán ser aplicados por las entidades territoriales para definir los beneficiarios del sistema. Las personas que cumplan con los requisitos serán posibles beneficiarios del régimen de subsidios y se deben inscribir ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio.

10.- El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante el Acuerdo 244 de 20035 definió la forma y las condiciones de operación del régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud.

El Acuerdo 244 de 2003 tiene como objeto la regulación de las siguientes etapas: Criterios de Identificación y Selección de Beneficiarios del Régimen Subsidiado (Capítulo II); Afiliación (Capítulo III); Operación del Régimen Subsidiado (Capítulo IV); Contratación (Capítulo V); Garantía de Afiliación en Circunstancias Especiales (Capítulo VI); Retiro Voluntario de las Administradoras de Régimen Subsidiado (Capítulo VII); Régimen de Transición (Capítulo VIII) y otras disposiciones (Capítulo IX).

La Corte Constitucional analizará las disposiciones contenidas en el Acuerdo que se refieren de manera directa a la afiliación y desafiliación al régimen subsidiado.

11.- La primera etapa del proceso se refiere a la determinación de los criterios de identificación y selección de beneficiarios del régimen subsidiado.

Según la reglamentación realizada por el Acuerdo “la identificación de los potenciales beneficiarios del Régimen Subsidiado, por regla general, se hará en todos los municipios del país mediante la aplicación de la encuesta SISBEN6” (artículo 3).

Igualmente el Acuerdo identifica (artículo 3, párrafo) las personas que no pueden ser beneficiarias del régimen subsidiado, grupo conformado por las siguientes personas :

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

.- Personas que perciban ingresos o rentas suficientes para afiliarse al Régimen Contributivo.

.- Personas que se encuentren pensionados.

.- Personas que como beneficiarios de otra persona estén afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

.- Personas que se encuentren afiliados a cualquiera de los Regímenes de Excepción.

Las Alcaldías elaborarán listas de potenciales afiliados al Régimen Subsidiado con las personas clasificadas en los niveles 1 y 2 de la calificación obtenida después de la aplicación de la encuesta Sisben, en orden ascendente de menor a mayor puntaje y de las mas antigua a la mas reciente.

La responsabilidad en la aplicación, implementación, administración y calidad de la información de la encuesta Sisben y de los listados censales es responsabilidad del Alcalde del respectivo municipio o distrito; igualmente la Alcaldía debe garantizar que “la base de datos de afiliados contenga la información con la estructura técnica establecida en las resoluciones 8907 y 13758 de 2002 del Ministerio de Salud y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan”, de no cumplirse con lo anterior, se le impondrá a la Alcaldía respectiva sanciones administrativas, disciplinarias, fiscales y penales⁹ (artículo 9).

Una vez consolidada la información, el Ministerio de Protección Social verificará los listados para determinar si los inscritos cumplen con los requisitos para ser beneficiarios del Sisben, en el evento de no reunirse con ellos se procederá a su exclusión mediante la expedición de

acto administrativo motivado expedido por el Alcalde o Gobernador (artículo 10).

De acuerdo con la normatividad transcrita y según los elementos fácticos del caso objeto de estudio se puede concluir que:

.- A los actores para su afiliación les fue aplicada la encuesta Sisben en el año de 1997, siendo calificados en el nivel 2 de estrato socio económico, la cual fue realizada de conformidad a la metodología exigida para esa época, pero sin los soportes técnicos requeridos para la encuesta Sisben del 2003.

.- El Ministerio de Protección Social reguló técnicamente la forma como deben desarrollarse las encuestas en el año 2003, para lograr de esa manera una integración en la información, pero son las Alcaldías las responsables de la aplicación, implementación, administración y calidad de la información de la encuesta Sisben.

12.- Una vez realizada la identificación de los potenciales beneficiarios se procede a la afiliación, para la cual las Entidades Territoriales deberán mantener en lugar visible al público en forma permanente y actualizada, el listado y la ubicación de las entidades que se encuentren autorizadas y cumplan con las condiciones de habilitación para ser seleccionadas como administradores del Régimen Subsidiado de la región (artículo 11, numeral 1).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El potencial beneficiario o persona priorizada escogerá la Administradora del Régimen Subsidiado y “el afiliado no podrá revocar su voluntad de afiliación durante los próximos tres años” (artículo 11, numeral 6)¹⁰. “En el caso en que un potencial beneficiario no haya hecho uso del derecho de libre elección habiendo sido convocado....deberá esperar para su afiliación, hasta el siguiente período de contratación dependiendo de la disponibilidad de

recursos” (artículo 11, numeral 7).

El proceso de afiliación se inicia con la firma del Formulario Unico Nacional de Afiliación y Traslado por parte del cabeza de núcleo (artículo 12), este proceso se perfeccionará con la radicación del formulario por parte del afiliado y la entrega del carnet definitivo por la Administradora del Régimen Subsidiado. El Formulario es de “obligatoria aplicación para el proceso de afiliación” (artículo 12, parágrafo).

En lo referido al carné, estipula el Acuerdo 244 de 2003, artículo 18, que este “tendrá una vigencia indefinida mientras permanezca con la respectiva administradora del Régimen Subsidiado y caducará en el momento en que se pierda la condición de afiliado al Régimen Subsidiado”.

En lo relacionado a la pérdida de calidad de afiliado en el Régimen Subsidiado el Acuerdo 244 de 2003, precisa en el artículo 26:

“La afiliación al Régimen Subsidiado será indefinida (s.f.t.) mientras subsistan las condiciones previstas en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y en el presente Acuerdo para ser beneficiarios. Sin embargo la calidad de afiliado se perderá cuando:

- 1).- Se cumplan las condiciones definidas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios para pertenecer al Régimen Contributivo.

2).- Se compruebe por parte de la entidad territorial o la ARS, que el afiliado incurrió en actos fraudulentos contra el Sistema o de incumplimiento de los deberes establecidos en la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.

Así las cosas, si el régimen subsidiado está diseñado para atender a las personas pertenecientes a la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, resulta congruente que si desaparece la condición de inferioridad económica es procedente la pérdida de la calidad de afiliado al régimen subsidiado, pues se cuenta con los medios económicos necesarios para pertenecer al régimen contributivo.

Otro evento por el cual se puede perder la calidad de afiliado al régimen subsidiado, es el referido a la multifiliación, situación que genera como efecto la exclusión del sistema, así lo estipula el artículo 28 del Acuerdo.

“En los casos en que se detecte afiliación múltiple en el régimen subsidiado bien sea por que una persona se encuentre reportada como afiliada dos o mas veces en una misma ARS, o se encuentre simultáneamente afiliada a dos o más ARS, o se encuentre simultáneamente afiliada a los regímenes contributivo y subsidiado, o los regímenes de excepción, las Entidades Territoriales y las Administradoras del Régimen Subsidiado deberán observar los procedimientos establecidos en el presente Acuerdo, aplicando en lo pertinente el Decreto 806 de 1998”.

El mismo Acuerdo (artículo 29) regula el procedimiento a seguir cuando se presente la

situación de la múltiple afiliación entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado:

1).- ...

2).- Cuando la entidad territorial detecte múltiples afiliaciones a los regímenes contributivo y subsidiado, sin que haya existido previo aviso del afiliado, durante la ejecución de los contratos de aseguramiento, ordenará la exclusión de los afiliados mediante acto administrativo motivado (s.f.t), expedido por la entidad territorial, contra el cual procederán los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Una vez el acto administrativo quede en firme se notificará a las administradoras de régimen subsidiado la cancelación de la afiliación incluyendo el grupo familiar definido en el presente Acuerdo.

Para garantizar el derecho a la defensa de los desafiliados por causa de la múltiple afiliación, el acto administrativo de exclusión debe ser notificado a los afectados para que si lo consideran interpongan los recursos respectivos y debatan las razones aducidas por la Secretaría de Salud sobre la legalidad de las causas que mueven la exclusión del régimen subsidiado.

La otra razón de desafiliación según lo debatido en el presente asunto es que los afiliados no cuenten con encuesta vigente según los lineamientos establecidos para el año 2003, pero ante esta circunstancia la Corte Constitucional concluye que la encuesta Sisben es un

instrumento administrativo utilizado por las entidades territoriales para lograr la identificación potencial de las personas beneficiarias del régimen subsidiado, pero en ningún momento se convierte en un requisito previo necesario para perfeccionar la afiliación.

Tal como se determinó anteriormente, si la responsabilidad del manejo y actualización de la información corresponde a los Alcaldes, no puede derivarse responsabilidad al usuario del servicio de salud por inoperancias administrativas de las entidades territoriales.

La Corte Constitucional lo ha reglado en la sentencia T-1178/03,

Es claro que mientras se ejecuta este proceso [afiliación al régimen subsidiado] no es admisible excluir a la población de menores ingresos del servicio de salud, puesto que una omisión en tal sentido sería contraria a la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social, contenida en el artículo 48 C.P.

Tal como se estableció, el proceso de afiliación se perfecciona con la radicación del Formulario Unico Nacional de Afiliación y Traslado por parte del afiliado y la entrega del carné definitivo por la Administradora del Régimen Subsidiado, sin ningún otro requisito adicional¹².

La duración de la afiliación es indefinida mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad social que los hace beneficiarios del régimen subsidiado, pero la Secretaría puede realizar una desafiliación mediante acto administrativo motivado cuando encuentre que el

beneficiario pertenece igualmente al régimen contributivo, pues en ésta situación se presume su capacidad económica.

Debido proceso de los afiliados y vulneración del derecho fundamental a la salud.-

Dentro del proceso estudiado se pueden identificar tres posibles causas para proceder a la desafiliación de los actores Armando Gutiérrez Galindo y María del Carmen Rodríguez de Gutiérrez, a saber:

.- Pérdida de las condiciones materiales para pertenecer al grupo de la población calificada como pobre y vulnerable.

.- Estar en la situación administrativa de la multiafiliación.

.- Poseer encuesta Sisben de 1997 y no encuesta Sisben realizada de conformidad con los lineamientos establecidos en el 2003.

La Corte Constitucional analiza a continuación cada una de las razones de exclusión de conformidad con las pruebas que reposan en el proceso.

13.- Tal como se demostró, los actores no han perdido la condición de personas pertenecientes al grupo de población calificada como pobre y vulnerable, por las siguientes razones:

.- La encuesta Sisben realizada en 1997, arrojó como resultado un puntaje de 46.20 que los ubica en el nivel 2 de estrato socio económico y la Alcaldía para lograr una reclasificación o exclusión del régimen subsidiado por pérdida de la condición de inferioridad económica debe realizar una nueva encuesta, actuación aún que no se ha realizado por parte del Distrito.

.- La afirmación que realizan los actores de atender sus necesidades básicas con los ciento veinte mil pesos que devenga María del Carmen Rodríguez no fue desvirtuada dentro del proceso, por tanto se presume su veracidad.

.- Se trata de personas pertenecientes a la tercera edad y tal como lo establece el artículo 157, numeral 2 de la Ley 100 de 1993 tienen especial importancia entre el grupo de beneficiarios del Sisben.

14.- En el caso objeto de estudio no se está frente a una multifiliación, porque las constancias expedidas por el Instituto de los Seguros Sociales, Departamento Nacional de Afiliación y Registro, certifican que la afiliación de los actores se encuentra inactiva y la afiliación múltiple debe predicarse de afiliaciones activas.

Considera la Corte que las deficiencias administrativas no son imputables a los beneficiarios del régimen subsidiado en lo relacionado a la actualización de bases de datos por parte del Instituto de Seguros Sociales y menos el cruce de información realizado por la Secretaría de Salud del Distrito.¹³

La responsabilidad no se puede predicar del Instituto de Seguros Sociales, Departamento Nacional de Afiliación y Registro, por cuanto en su archivo reposa como registro que la

afiliación de los actores se encuentra inactiva y en congruencia con esto la Secretaría de Salud del Distrito precisa en su formulación de descargos que la exclusión del régimen subsidiado obedece al hecho que los accionantes no tienen encuesta Sisben según los lineamientos establecidos en el 2003.

La petición de los actores de ordenar al Instituto de Seguros Sociales la rectificación de la información en relación con los registros en la base de datos sobre su condición de afiliados al régimen contributivo, no está llamada a prosperar por cuanto se carece de objeto para tal determinación. Igual sucede con los registros de Humanavivir ARS y Comfenalco ARS, pues estas entidades sólo poseen la información suministrada por la Secretaría de Salud del Distrito.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

15.- La exclusión del régimen subsidiado fundada en el hecho de no tener encuesta Sisben del 2003, no puede considerarse como razón suficiente para proceder a la exclusión del régimen, por cuanto la encuesta no es un requisito para perfeccionar la afiliación, sino una metodología que deben seguir las entidades territoriales para lograr la focalización del gasto social.¹⁴

La manera como las Entidades Territoriales actualizan los datos y determinan que las personas afiliadas al régimen subsidiado no se encuentran dentro de los parámetros exigidos por el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, para ser calificados como “población pobre y vulnerable”, no es otro que la realización de una nueva encuesta, por cuanto por este medio se ubica a las personas en determinado nivel socio económico y como consecuencia de ello se determinan los derechos dentro del sistema de seguridad social.

La Corte en relación con la actualización de datos ha señalado,

[...] la jurisprudencia aseguró que contar con la posibilidad de acceder al registro de datos del Sisben, es obtener la protección del derecho a la seguridad social en condiciones de igualdad, de la población mas pobre y vulnerable del país.

“La normatividad en este aspecto, Acuerdo No 77 de 1997, contempla:

“Artículo 3°.- Mecanismos de identificación de potenciales beneficiarios. La identificación de los potenciales beneficiarios del régimen subsidiado se hará en todos los municipios del país mediante la aplicación del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN).

Cualquier ciudadano puede solicitar, en cualquier momento, que le sea aplicada la encuesta del SISBEN en su municipio de residencia. De igual manera cualquier ciudadano puede solicitar que se revise una o varias encuestas determinadas con el fin de verificar la información allí consignada, o determinar la existencia de variaciones en la información inicial, que modifiquen el puntaje obtenido”. (Subraya la Corte).¹⁵

Según lo anotado, una nueva encuesta debe ser coordinada por la Alcaldía respectiva y ser realizada necesariamente a las personas que se encuentran en calidad de afiliados, para que, una vez aplicada la metodología, se determine si se ha presentado una modificación en las condiciones socio económicas de los afiliados que justifique una decisión mediante acto administrativo motivado.

16.- Para la Corte Constitucional resulta claro que la Secretaría de Salud del Distrito puede desafiliar a las personas que en la actualidad se reporten como afiliadas, pero para la adopción de tal decisión se hace necesario el respeto de unas reglas mínimas de procedimiento administrativo, en guarda del derecho a la salud de los afiliados.

.- Como el régimen subsidiado se ordena para la protección especial de la población pobre y vulnerable, la variación en dicha calificación establecida mediante una encuesta Sisben debe serlo mediante la realización de una nueva encuesta en la que se debe determinar técnicamente la no pertenencia a ese sector de la población.

.- La Secretaría de Salud del Distrito puede excluir de la afiliación al régimen subsidiado a la persona que reporte multifiliación (en este caso entre el régimen subsidiado y el contributivo), pero en dicho caso debe mediar acto administrativo motivado y debidamente notificado a los interesados para que ejerzan los recursos legales y no limitarse a comunicar lo decidido a las ARS.¹⁶

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

.- Las encuestas pueden ser revisadas en cualquier momento por iniciativa de la Secretaría de Salud o a solicitud del beneficiario. En el evento en que se presente una modificación en las condiciones socioeconómicas, se puede excluir al afiliado del régimen subsidiado.

La Corte Constitucional concluye que en el presente caso la Secretaría de Salud del Distrito desconoció el debido proceso administrativo que es preciso adelantar para proceder a la desvinculación de un beneficiario del régimen subsidiado y por esa vía desconocían los derechos fundamentales de los actores en la presente acción de tutela.

III.- DECISION.-

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR en todas sus partes la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., Sala Civil de Decisión, proferida el 19 de octubre de 2005, en la cual se niega la acción de tutela formulada por ARMANDO GUTIERREZ GALINDO y MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ DE GUTIERREZ.

Segundo.- CONFIRMAR en todas sus partes la decisión del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, proferida el 26 de agosto de 2005, por medio de la cual se concede la acción de tutela formulada por ARMANDO GUTIERREZ GALINDO y MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ DE GUTIERREZ.

Tercero.- En consecuencia se ORDENA dejar sin efecto alguno el acto o decisión proferido por la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá, mediante el cual excluyó del Sisben, nivel 2, a los accionantes Armando Gutiérrez y María del Carmen Rodríguez de Gutiérrez, permitiéndoles que sigan clasificados en el Sisben, nivel 2, como venían clasificados en la encuesta de 1997 y se les preste los servicios médicos que tal clasificación les permite a través de la ARS respectiva.

Cuarto.- Se ordena igualmente que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá, en el término de 48 horas contado a partir de la fecha de notificación de esta providencia, realice, sino lo hubiere hecho ya, una nueva encuesta a los aquí accionantes Armando Gutiérrez Galindo y María del Carmen Rodríguez de Gutiérrez, a fin de establecer su estrato socio económico que les permita determinar o no su permanencia en el Sisben.

Quinto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Revisado el expediente se determina que los actores aparecen como beneficiarios en el régimen contributivo de la Señora Bertha Patricia Gamba Alfaro, con afiliaciones registradas para Armando Gutiérrez el 2 de junio de 1974 y para María del Carmen Rodríguez el 3 de marzo de 1998.

2 La cita corresponde a la sentencia T-185/00.

3 Armando Gutiérrez Galindo nace el 12 de febrero de 1939 y María del Carmen Rodríguez de Gutiérrez nace el 19 de febrero de 1940.

4 El artículo 212 de la Ley 100 de 1993, estipula. "CREACIÓN DEL RÉGIMEN. Créase el régimen subsidiado que tendrá como propósito financiar la atención en salud a las personas

pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Este régimen de subsidios será complementario del sistema de salud definido por la Ley 10 de 1990”.

5 El considerando 1 del Acuerdo 244 de 2003 precisa “que se hace necesario integrar en un solo cuerpo normativo las disposiciones que regulan la forma y operación del Régimen Subsidiado”.

6 El Acuerdo permite que exista identificación de personas beneficiarias utilizando los listados censales o mecanismos de identificación para poblaciones especiales entre los cuales se encuentran población infantil desplazada, población indigente, población en condiciones de desplazamiento forzado, comunidades indígenas, población desmovilizada, núcleos familiares de madres comunitarias, personas de la tercera edad en protección en ancianatos, población rural migratoria (artículo 4).

7 Mediante la Resolución 890 de 2002, se dictan disposiciones sobre la información de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Sector Salud.

8 Mediante la Resolución 1375 de 2002, se complementa y aclara la resolución 890 de 2002.

9 Las bases de datos de potenciales beneficiarios y priorizados deberán ser presentadas de acuerdo con la estructura técnica establecida por el Ministerio de Protección Social y ser remitidas al departamento para su consolidación y posterior remisión al Ministerio de Protección Social, entre los ciento cincuenta (150) y ciento veinte (120) días previos al inicio del periodo de contratación con el fin de consolidar, verificar y proteger la información (artículo 9, inciso 2).

10 El artículo 19 regula que “El período de permanencia de un afiliado en la misma Entidad Administradora del Régimen Subsidiado será de tres años continuos”.

11 El decreto 806 de 1998, reglamenta “la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”.

12 En la sentencia T-143/02 la Corte Constitucional, afirma, “[...] el accionante, estando ya dentro del sistema Sisben y como beneficiario del Régimen Subsidiado, puede exigir, aún sin el requisito del carné Sisben y la asignación de una A.R.S., la prestación de los servicios de salud a las entidades públicas que están en condiciones de subsidiar los servicios de salud que necesite. En estos precisos casos, también es necesario hacer efectivo el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Constitución y proteger el derecho a la salud y a la vida cuando se aprecian amenazados”.

13 La Corte Constitucional en sentencia T-219/02, precisa, “ [...] las autoridades y entidades que administran dicho sistema [régimen subsidiado] a través de las cuales el Estado cumple con su obligación constitucional de garantizar el mencionado acceso, bajo el pretexto del cumplimiento de los reglamentos, no pueden excluir y marginar a las mismas personas a favor de las cuales se ha construido el sistema, cuando dicha marginación conlleva la vulneración de derechos fundamentales y, en particular, desconoce la especial protección que la Constitución garantiza a quienes se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta”.

14 En la sentencia T-1202/01, la Corte Constitucional, afirma, “esta Corporación ha sostenido que la citada institución [SISBEN] es un mecanismo de focalización del gasto social a través del cual se busca asegurar la distribución de bienes escasos que permita a la población más pobre y vulnerable del país atender sus necesidades básicas”.

15 Corte Constitucional, Sentencia T-862/02.

16 Comfenalco afirma (folio 49), “la Secretaría de Salud del Distrito, dado que aparece una multifiliación entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado, en el caso de la Señora MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ DE GUTIERREZ, procedió a ordenar la EXCLUSIÓN de la afiliada y notificó de tal hecho a la ARS COMFENALCO desde el 01 de abril de 2004”.