

Sentencia T-272/10

DERECHO A LA SALUD-Protección en casos de multiafiliación

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Características/PROHIBICION DE AFILIACION SIMULTANEA EN EL REGIMEN CONTRIBUTIVO Y EN EL REGIMEN SUBSIDIADO

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Pérdida de la calidad de afiliado al régimen subsidiado por afiliación múltiple

De conformidad con el Decreto 806 de 1998, se tiene que cuando una persona se encuentra simultáneamente inscrita en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, debe cancelarse la inscripción en el régimen subsidiado respondiendo al principio de solidaridad, pues se presume que cuando alguien pertenece al régimen contributivo es porque tiene capacidad de pago. No obstante, en el caso concreto se observa que la accionante se encuentra inscrita en el Régimen Contributivo en calidad de beneficiaria de su hijo, quien tiene una vinculación inestable en el mercado laboral y por tanto realiza aportes ocasionales. En este sentido, se desvirtúa la presunción de capacidad de pago y por tanto en su caso es clara la necesidad de hacer uso de otro tipo de medidas que le permitan el acceso efectivo a los servicios de salud, teniendo en cuenta que los precedentes de esta Corporación establecen que no puede suspenderse la prestación de los servicios que requiera un usuario, en los casos en que una persona se encuentre afiliada tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado, cuando de dicha inaplicación se derive la vulneración del derecho fundamental a la vida o a la salud.

AFILIACION SIMULTANEA-No puede implicar la suspensión en la prestación de servicios que requiera el usuario, cuando se vulnere el derecho a la salud o a la vida

Referencia: expediente T-2477686

Acción de tutela instaurada por Ana Elena Bedoya de Otálvaro contra la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en única instancia, por el Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito de Medellín, el cinco (05) de octubre de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela instaurada por Ana Elena Bedoya contra la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto de diciembre nueve (09) de dos mil nueve (2009) proferido por la Sala de Selección Número Doce.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

1.2. La accionante señala que padece de varices en miembros inferiores, razón por la cual le fue ordenada una varicectomía bilateral. Afirma que, teniendo en cuenta que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Régimen Subsidiado, solicitó la práctica de dicho tratamiento a la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, entidad que negó su práctica, verbalmente, por encontrarse excluida del POS-S. Según la accionante esta negativa la afecta gravemente pues no cuenta con los medios económicos suficientes para sufragar el tratamiento por su cuenta. En tal sentido señaló: “vivo exclusivamente de la venta de arepas por mi enfermedad de las várices; ya es poco lo que puedo trabajar y es por eso que me motiva acudir a esta acción judicial”.

2. Contestación de la acción.

2.1. El proceso de tutela correspondió al Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito de Medellín. La Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia intervino para

solicitar al juez exonerar a esta institución, con base en los siguientes argumentos: "(...) Ana Elena Bedoya Orozco es beneficiaria del Régimen SUSALUD EPS perteneciente al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen contributivo, como se evidencia en la base de datos del FOYGA (sic), la cual reporta como último periodo compensado el mes de agosto de 2009. Por lo tanto no es competencia de la DSSA la prestación de servicios médicos a personas vinculadas a un régimen diferente al Régimen Subsidiado, en caso de haber cesado tal vinculación, deberá allegarse a las oficinas de tutelas la constancia de que ya ceso su calidad de afiliado".

2.2. El 02 de octubre de 2009 la EPS SUSALUD (Compañía Suramericana de Planes de Salud S.A.) fue vinculada al proceso. Sobre los cargos de la demanda esta entidad señaló: "Ana Elena Bedoya Orozco se encuentra afiliada en EPS Suramericana como beneficiaria, tiene 89 semanas de cotizadas y no tiene derecho por inconsistencias en pagos (...) para que la accionante pueda disfrutar de los servicios del POS de EPS Suramericana deberá ponerse al día en el pago de sus cotizaciones, con los respectivos intereses de mora. (...). En caso tal de que la accionante tuviese derecho al servicio, lo cual no ocurre en este caso, hay que advertir que la prestación pretendida por la accionante no ostenta el carácter de urgente, pues no está en riesgo su vida, es decir, se trata de un procedimiento electivo. Y además la accionante acudió un médico particular el cual no se encuentra en la red de servicios de la accionada".

3. Decisión Objeto de Revisión.

El cinco (05) de octubre de dos mil nueve (2009) el Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito de Medellín profirió sentencia denegando el amparo solicitado por la accionante, basado en las siguientes consideraciones: "La actora solicita la tutela para los procedimientos: varicectomía bilateral + Laboratorios + Pa y LAT Tórax +EHG - procedimientos que no podrán ser ordenados a través de la presente acción de tutela, toda vez que los mismos no fueron ordenados por el médico tratante (v.f 2 y 30) por lo cual no le son oponibles a dichas entidades. Así mismo el juzgado sostuvo: (...) tampoco se demostró que la entidad accionada Dirección Seccional de Salud de Antioquia ni la entidad vinculada EPS y Medicina prepagada Suramericana S.A., hayan negado el servicio, por lo que no se dan los presupuestos para que prospere la acción".

4. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

4.1 Pruebas solicitadas a la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

La Sala Primera de Revisión, mediante Auto del dos (02) de marzo de 2010 solicitó a la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia que allegara el historial de afiliación y desafiliación al SISBEN de la señora Ana Elena Bedoya de Otálvaro.

La respuesta de la entidad fue la siguiente:

No se encontraron registros en otros regimenes.

Identificación

Primer Nombre

Segundo Nombre

Primer Apellido

Segundo Apellido

Fecha de nacimiento

Nivel

Ficha

Municipio

Régimen /Población

Asegurado

Fecha de afiliación

43048447

Ana

Elena

Bedoya

De Otálvaro

30/10/1950

2

1399814

Medellín

Vinculado

SISBEN

12/27/05

4.2. Pruebas allegadas por la Alcaldía de Medellín, Departamento Administrativo de

Planeación.

El 24 de marzo de 2010 la Alcaldía de Medellín – Departamento Administrativo de Planeación – informó a esta Corporación que Ana Elena Bedoya Otálvaro, identificada con cédula de ciudadanía No 48.048.447 aparece registrada en la base de datos del SISBEN desde el 05 de junio de 2002 y que con la implementación de la nueva metodología SISBEN W2, la señora Bedoya fue encuestada el 27 de diciembre de 2005, su información socioeconómica y la de su grupo se encuentra consignada en la ficha No 1399814.

4.3 Prueba telefónica practicada por la Sala Primera de Revisión.

La Corte Constitucional en el ejercicio de su función de Revisión de fallos de tutela ha considerado, en diversas oportunidades,¹ que frente a la urgencia de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información por vía telefónica a los peticionarios o sus familiares sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción.

Esta decisión encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela. En este caso, frente a una eventual vulneración al derecho fundamental a la salud de la accionante la Corte procedió a comunicarse con ella para esclarecer algunos puntos de la petición. A continuación se presentan, de forma sucinta, las preguntas efectuadas a la accionante con sus respectivas respuestas:

1. ¿Actualmente usted realiza aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud?

Responde: El que paga la salud es mi hijo y me tiene a mí como beneficiaria pero como no tiene contratos fijos pasan muchos meses en que no puede pagar la salud y por eso yo quedo desprotegida. Yo prefiero el SISBEN porque si estoy en medio de un tratamiento y el no tiene trabajo y no puede pagar salud durante muchos meses la EPS no me atiende.

2. ¿Cuál fue la razón que la llevó a interponer la acción de tutela pese a que no solicitó el servicio a la entidad accionada?

Responde: Yo solicite atención al hospital de la María pero allá no me atendieron porque no podían tratarme, entonces me remitieron al hospital San Vicente de Paúl y fue cuando me

ordenaron la varicectomía y otros exámenes pero cuando me acerqué a pedirlos me dijeron que no me los podía dar porque estaba fuera del POS y que además yo estaba afiliada a Suramericana. Yo se los pedí al hospital que es donde hay que pedirlos pero el celador me trato mal y me dijo que si no me gustaba pusiera tutela y por eso yo puse tutela.

1. ¿Cuándo usted tiene problemas de salud ha acudido a alguna institución de la EPS Suramericana?

Responde: No, siempre voy a los Hospitales por el SISBEN.

4. ¿Ha solicitado después de la interposición de la tutela la práctica de los tratamientos que requiere a alguna entidad de salud?

Responde: No, como las colas son muy largas y sufro de varices no soporto mucho tiempo de pie, tengo que ir acompañada y hasta el momento no tengo quien me acompañe, además como aparezco afiliada a Suramericana y al SISBEN no se a quien acudir o que hacer porque igual en ambos lados me los van a negar, en Suramericana por estar en el SISBEN y en el SISBEN por estar por Suramericana. Pero el caso es que no me puedo desafiliar de el SISBEN porque como mi hijo cotiza por tiempos muy cortos en la EPS no me van a atender porque no cumplo con los pagos necesarios.

1. ¿A que debe su sustento?

Responde: Yo vendo arepas en la calle, gano menos del mínimo por eso también me perjudica no tener el tratamiento porque mi trabajo me obliga a estar de pie todo el tiempo.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

En el presente caso, corresponde a la Sala primera de Revisión determinar si la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia vulnera el derecho a la salud de la accionante al negar la prestación de los servicios de salud que requiere con necesidad, por presentar múltiple afiliación al Sistema de Seguridad Social en los diferentes regímenes.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia de esta Corporación que señala la posibilidad de proteger el derecho constitucional fundamental a la salud a través de la acción de tutela, en casos de multiafiliación y (ii) la solución del caso concreto.

3. La posibilidad de proteger el derecho constitucional fundamental a la salud a través de la acción de tutela, en casos de multiafiliación.²

3.1. La necesidad social de evitar los casos de multiafiliación simultánea en los regímenes contributivo y subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin desatender el derecho a la salud de las personas incursas en esta situación.

3.1.1. Como es sabido, la Ley 100 de 1993 diseñó el régimen subsidiado como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando el cubrimiento de los costos se realiza a través de recursos fiscales o de solidaridad; su propósito es financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. En este sentido, el numeral j) del artículo 156 de dicha Ley reza así:

“j) Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad”.

Dado pues que el criterio determinante para la afiliación al régimen subsidiado es la falta o escasez de recursos económicos que le permitan a la persona cotizar, no podrán entonces “ser beneficiarias de los subsidios en salud del régimen subsidiado las personas que tengan vínculo laboral vigente, o quienes perciban ingresos o renta suficientes para afiliarse al Régimen Contributivo, quienes estén pensionados, o quienes como beneficiarios de otra

persona estén afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a cualquiera de los regímenes de excepción establecidos en la normatividad vigente”.³ Por la misma razón, el Decreto 806 de 1998 establece en su artículo 48 que “ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado...”.

No obstante las anteriores prohibiciones, con frecuencia se presentan situaciones de doble o múltiple afiliación simultánea, bien sea a varias EPS del régimen subsidiado (antes ARS), a varias EPS del régimen contributivo, o afiliaciones simultáneas al régimen contributivo y al régimen subsidiado, como sucede en el presente caso. Las normas que regulan esta última situación prevén mecanismos para evitar la continuidad de tal circunstancia de multifiliación. En efecto, el Acuerdo 244 de 2003, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en su artículo 28 determina que en estos casos se procederá así:

“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 más 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 a 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.

“...

“Parágrafo 1°. Las ARS incluirán en el formato del reporte de novedades que se encuentra en las Resoluciones 890 y 1375 de 2002 del Ministerio de Salud, la información relacionada con el número de afiliados que como consecuencia de la múltiple afiliación han dejado de pertenecer a la entidad Administradora, con el fin de ajustar los pagos por UPC-S”.

Por su parte el numeral 3° del artículo 50 del Decreto 806 de 1998 determina lo siguiente:

“Para efectos de cancelar la afiliación múltiple, las Entidades Promotoras de Salud y las adaptadas aplicarán las siguientes reglas:... 3. Cuando una persona se encuentre simultáneamente inscrita en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción en el régimen subsidiado”.

Ahora bien, sobre las razones de solidaridad social que justifican que las normas jurídicas tiendan a evitar los casos de múltiple afiliación simultánea al régimen contributivo y al subsidiado, y que establezcan que en tal circunstancia “se cancelará la inscripción en el régimen subsidiado”, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“Se privilegia por razones de solidaridad la afiliación en el régimen contributivo, toda vez que si la persona está afiliada a dicho régimen es porque posee la capacidad económica para sufragar el costo, requisito que excluye de plano su afiliación al régimen subsidiado que, como ya se mencionó, solamente va dirigido a las personas pobres y vulnerables, en otros términos “dado que la afiliación a uno u otro régimen depende de la capacidad de pago, puede afirmarse que se trata, por tanto, de un sistema excluyente en la medida en que se tiene capacidad de pago y se pertenece al régimen contributivo o se carece de los recursos y tiene derecho a afiliarse al sistema subsidiado”.⁵

“Y es que una afiliación simultánea al régimen contributivo y subsidiado transgrede el deber constitucional de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, ya que la afiliación de una persona con capacidad económica al régimen subsidiado impide el acceso a éste servicio de quien se encuentre en situación de pobreza y vulnerabilidad, sujeto especial a quien va dirigido la implementación del señalado régimen, vulnerando asimismo el deber de “obrar conforme al principio de solidaridad social”.

“Así “esta doble afiliación constituye una amenaza a la estabilidad del régimen, pues con ella se desvían recursos hacia sectores que no están legitimados para recibir subsidios restringiéndose el acceso a los servicios de salud a personas que efectivamente sí carecen de recursos económicos impidiéndose de esta manera la ampliación de la cobertura del sistema”⁶ y es que “no se puede ser beneficiario de ambos regímenes indistintamente, porque en términos generales, se rompería la naturaleza y la razón de ser de éstos⁷; de esta forma, el perjuicio al sistema se constituye cuando el afiliado al régimen subsidiado se encuentra efectivamente afiliado al régimen contributivo, pues es así como realmente se desmedran los recursos públicos.

(...)

“La prohibición de la afiliación simultánea en el régimen subsidiado y contributivo responde a la naturaleza de la afiliación al Sistema de Seguridad Social estructurado de forma

excluyente, a los deberes ciudadanos de respetar los derechos ajenos, no abusar de los propios y obrar conforme al principio de solidaridad; además que es una herramienta para cumplir con el principio de universalidad y equidad que rige el desarrollo del Sistema General de Seguridad Social”.⁸

Así, existen razones de rango constitucional, que tienen que ver con la proyección práctica del principio de solidaridad, que justifican que las normas jurídicas que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud dispongan mecanismos para evitar la multifiliación simultánea a los regímenes contributivo y subsidiado.

3.1.2. No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la necesidad de aplicar las normas establecidas para evitar los mencionados casos de afiliación múltiple al Sistema de Seguridad Social en Salud no puede implicar la suspensión en la prestación de los servicios que requiera un usuario, cuando de ello se derive la vulneración del derecho fundamental a la vida o a la salud. Por eso ha afirmado que aun en estos casos de multifiliación debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera tal que los “conflictos administrativos” que por esta razón se susciten con otras entidades no constituyan justa causa para impedir la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. En este sentido, en la Sentencia la Corte dijo lo siguiente:

“... no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del derechos constitucionales fundamentales”.⁹

Ahora bien, como regla general establecida especialmente en el numeral 3° del artículo 50 del Decreto 806 de 1998, antes transcrito, se tiene que cuando una persona se encuentre simultáneamente inscrita en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se debe cancelar la inscripción en el régimen subsidiado. Esta solución, como se dijo, responde al principio de solidaridad, pues debe presumirse que cuando alguien pertenece al régimen contributivo es porque tiene capacidad de pago, lo que lo excluye como posible beneficiario del régimen subsidiado. No obstante, en ciertos casos particulares esta regla general puede implicar la posible interrupción en la prestación de un servicio vitalmente requerido, por lo cual el operador jurídico debe valorar la amenaza de afectación de derechos fundamentales

y, sin perjuicio de la cancelación de la doble afiliación detectada, y prefiriendo la vinculación al régimen contributivo, debe mantener la continuidad en la atención de la salud del usuario, así ello deba llevarse a cabo a través de las instituciones del régimen subsidiado.

Ciertamente, esta Corporación ha explicado que la continuidad del servicio es una garantía que forma parte del derecho a la salud, por lo cual la interrupción de un servicio cuya falta ponga en grave riesgo la vida o la salud de una persona, constituye en sí mismo una violación a este derecho fundamental. En este sentido la Corte ha dicho:

“La garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud se entiende incluida en el derecho constitucional fundamental a la salud. De dicha forma ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima. En efecto, la Corte ha reseñado que aquélla tiene por objeto asegurar una ininterrumpida, constante y permanente prestación de los servicios de salud con el fin de ofrecer a las personas la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades.

(...)

“Entonces, los criterios adoptados por esta Corporación para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud son:

“... (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.¹⁰¹¹

En similar sentido, en la Sentencia T-760 de 2008,¹² la Corte se refirió a la distinción entre la relación jurídico formal (que consiste en el vínculo jurídico entre la institución y el usuario) y la relación jurídico material (que se materializa en la prestación del servicio), para concluir que la primera puede terminar por razones legales que lo determinen, sin que ello

necesariamente signifique que inmediatamente debe finalizar también la relación jurídico material, pues ello puede conllevar el desconocimiento del principio de continuidad del servicio. Se dijo en la sentencia:

“Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado.¹³ Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.¹⁴ Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”¹⁵ Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.”

3.2 Los conflictos jurídicos que se susciten en torno de casos de multifiliación deben ser resueltos mediante el mecanismo señalado en la Ley 1122 de 2007, salvo que el mismo se presente como ineficaz en el caso concreto.

3.2.1 Para la solución de los conflictos jurídicos que puedan suscitarse entre los usuarios y las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud, o entre estas últimas, con motivo de situaciones de multifiliación, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 concedió facultades judiciales a la Superintendencia de Salud, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 41. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

“ ...

“c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de

Seguridad Social en Salud;

“PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

“PARÁGRAFO 2o. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998”.

3.2.2. La anterior disposición legal ha sido objeto de dos pronunciamientos de esta Corporación, dictados en sede de constitucionalidad. Mediante el primero de ellos, contenido en la sentencia C-117 de 2008,¹⁶ se declaró exequible el texto íntegro del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, por el cargo entonces analizado, referente al desconocimiento del principio de independencia e imparcialidad judicial, en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podría ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.

En el segundo de los pronunciamientos, consignado en la sentencia C-119 de 2008,¹⁷ la Corte examinó un cargo de inconstitucionalidad distinto, referente a la presunta vulneración del debido proceso, por la supuesta competencia exclusiva del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del plan obligatorio de salud. La Corte nuevamente declaró la exequibilidad de todo el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 en relación con este cargo, con fundamento, entre otras, en las siguientes consideraciones que, aunque referentes a los casos en que el conflicto se refiere a la cobertura del POS, resultan aplicables a las controversias motivadas por situaciones de multifiliación:

“... según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política,¹⁸ la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez,

asuntos referentes a la “(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”¹⁹, en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que “la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas”.²⁰

A juicio de la Sala el anterior pronunciamiento tiene importancia para la resolución del presente proceso, toda vez en la Sentencia transcrita se explica (i) que existe una autoridad administrativa -la Superintendencia Nacional de Salud- legalmente facultada para resolver conflictos judiciales ocasionados con motivo de la prestación del servicio de salud, dentro de los cuales la ley incluye las controversias que tienen como causa circunstancias de multifiliación y de cobertura del POS; (ii) que dichas competencias judiciales no vulneran la Constitución porque la Superintendencia “en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria”; (iii) que lo anterior no implica “que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca” (Negrillas en el texto original).²¹

Teniendo en cuenta que en el proceso se presenta una situación de multifiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y la necesidad de una persona de 58 años de obtener un

tratamiento excluido del POS-S, se considera procedente la acción de tutela como mecanismo para proteger los derechos fundamentales de la accionante, en tanto la Superintendencia Nacional de Salud tiene la competencia de resolver las controversias que tienen como causa circunstancias de multifiliación y de cobertura del POS, pero no de ordenar la prestación y continuidad de los servicios de salud específicos.

4. Caso concreto.

En el caso concreto se constata que la señora Ana Elena Bedoya, quien cuenta con 58 años de edad²² y padece de varices en los miembros inferiores,²³ enfrenta múltiples obstáculos para acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, por encontrarse afiliada simultáneamente al Sistema de Seguridad Social en Salud, tanto en el Régimen Contributivo como en el Subsidiado. En primer lugar, se evidencia que la accionante no puede acceder a los servicios de salud en el Régimen Contributivo, al que ha cotizado por un periodo de 89 semanas en calidad de beneficiaria de su hijo, debido a que la inestabilidad laboral de éste le ha impedido que efectúe aportes de manera continua, situación que ha generado que la EPS Suramericana decida no prestar los servicios de salud por presentar “inconsistencias en los pagos”.²⁴ Por otra parte, la accionante tampoco puede acudir a Régimen Subsidiado dado que la entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud, esto es la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, niega la prestación de dichos servicios al considerar que “no es competencia de la DSSA la prestación de los servicios médicos a personas vinculadas a un régimen diferente al régimen subsidiado (...)”.²⁵ De lo anterior se desprende que la accionante no tiene acceso efectivo a los servicios de salud ni continuidad en los tratamientos médicos que requiere con necesidad, a pesar de haber cotizado a la EPS Suramericana durante un periodo de 89 semanas y pese a estar inscrita en el Sistema de Seguridad Social en el Régimen Subsidiado desde el mes de junio de 2002.

Ahora bien, de conformidad con el numeral 3° del artículo 50 del Decreto 806 de 1998, se tiene que cuando una persona se encuentra simultáneamente inscrita en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, debe cancelarse la inscripción en el régimen subsidiado respondiendo al principio de solidaridad, pues se presume que cuando alguien pertenece al régimen contributivo es porque tiene capacidad de pago. No obstante, en el caso concreto se observa que la accionante se encuentra inscrita en el Régimen Contributivo en calidad de beneficiaria de su hijo, quien tiene una vinculación inestable en el mercado

laboral y por tanto realiza aportes ocasionales. Además, de conformidad con el material probatorio que obra en el expediente²⁶ se evidencia su precariedad económica pues su único sustento propio deviene de la venta de arepas. En este sentido, se desvirtúa la presunción de capacidad de pago y por tanto en su caso es clara la necesidad de hacer uso de otro tipo de medidas que le permitan el acceso efectivo a los servicios de salud, teniendo en cuenta que los precedentes de esta Corporación establecen que no puede suspenderse la prestación de los servicios que requiera un usuario, en los casos en que una persona se encuentre afiliada tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado, cuando de dicha inaplicación se derive la vulneración del derecho fundamental a la vida o a la salud.

Así, con la finalidad de garantizar el tratamiento que fue ordenado por el médico vinculado al Hospital Universitario San Vicente de Paúl, esto es, la práctica de una “varicectomía bilateral + Laboratorios + Pa y LAT Tórax +EHG -”, esta Corporación ordenará a la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia que preste el tratamiento requerido por la accionante, si aún no lo ha hecho, con la finalidad de garantizar la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ordenados. No obstante, dado que la señora Ana Elena Bedoya de Otálvaro ha realizado aportes al sistema de Seguridad Social en Salud, en el Régimen Contributivo, específicamente a la EPS Suramericana, durante un periodo de 89 semanas, la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia podrá repetir contra la EPS Suramericana por el costo del tratamiento, en proporción a las semanas cotizadas por la accionante.

De otra parte, teniendo en cuenta que: (i) en agosto de 2008 esta Corte ordenó al Ministerio de la Protección Social la adopción de medidas que permitan “prever la posibilidad de moverse de un régimen a otro durante los ciclos laborales permitiendo que las personas que estén en el régimen contributivo puedan pasar al subsidiado en los casos en los que económicamente lo requieran”,²⁷ y (ii) dado que no se han implementado dichas medidas, se recordará al Ministerio de la Protección Social que debe adoptar e implementar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el acceso efectivo a los usuarios de los servicios de salud y remover los obstáculos que impiden trasladarse de un régimen a otro. Lo anterior tendrá que permitirles que del régimen contributivo puedan pasarse al subsidiado en los casos en los que por razones económicas lo requieran, sin que los “conflictos administrativos” constituyan una barrera al goce efectivo del derecho a acceder a los servicios de salud con calidad, eficiencia, oportunidad y continuidad.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el cinco (05) de octubre de dos mil nueve (2009) por el Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por Ana Elena Bedoya contra la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, y en su lugar CONCEDER la protección del derecho a la salud.

Segundo.- ORDENAR a la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia que preste el tratamiento requerido por la accionante consistente en una “varicectomía bilateral + Laboratorios + Pa y LAT Tórax +EHG-”, con la finalidad de garantizar la continuidad y finalización óptima de los procedimientos prescritos. No obstante, teniendo en cuenta que la señora Ana Elena Bedoya de Otálvaro ha realizado aportes al sistema de Seguridad Social en Salud, en el Régimen Contributivo, específicamente a la EPS Suramericana, durante un periodo de 89 semanas, la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia podrá repetir contra la EPS Suramericana por el costo del tratamiento, en proporción a las semanas cotizadas por la accionante.

Tercero.- Líbrese por Secretaría General 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.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Al respecto véanse, entre otras decisiones, las sentencias T-603 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (MP. Jaime Araújo Rentería), T-643 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-726 de 2007 (MP. Catalina Botero Marino) y T-219 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

2 Sentencia T-886 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

3 Parágrafo del artículo 3° del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS.

4 Por el cual se 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.

5 Sentencia T-311 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

7 Sentencia T-119 de 1999 (MP. Alfredo Beltrán Sierra).

8 Sentencia T-561 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

9 Sentencia T-097 de 2008 (M.P. Humberto Sierra Porto).

10 Sentencia T-1198 de 2003 (M.P. Eduardo Montalegre Lynett).

11 Sentencia T-097 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

12 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso, la Corte tuteló el derecho de un menor a que el Hospital acusado lo siguiera atendiendo, pues consideró que “[la] interrupción inconveniente, abrupta o inopinada de las

relaciones jurídico-materiales de prestación no se concilia con el estado social de derecho y con el trato que éste dispensa al ser humano”.

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

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

16 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

17 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

18 Según lo prescribe este inciso, “esta 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.”

19 Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, aquí acusado, literal a).

20 Sentencia T-067 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela ante la ineficacia del mecanismo de defensa judicial alternativo, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-414 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón) y SU-961 de 1999 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

21 En la Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte reconoció que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 consagraba un mecanismo alternativo de defensa judicial del derecho a la salud, al conceder facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para esos efectos. No obstante, recordó la jurisprudencia sentada en sede de constitucionalidad en relación con esta disposición. Dijo en ese sentido lo siguiente: “La jurisprudencia constitucional señaló tempranamente que la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defender el derecho a la salud.²¹ Recientemente, el legislador concedió facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver algunos de los conflictos suscitados con ocasión de la prestación de los servicios de salud (Ley 1122, art. 41). Esta decisión legislativa ha sido revisada hasta el momento en dos ocasiones por la Corte Constitucional. En la primera ocasión se resolvió declarar constitucional la norma por lo

cargos estudiados en la demanda, “en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control”.²¹ En la segunda ocasión, también se declaró constitucional la norma por los cargos analizados en la sentencia,²¹ pues se consideró que adjudicar funciones judiciales a la Superintendencia Nacional de Salud no implica, en modo alguno, que la acción de tutela deje de ser un medio judicial idóneo para reclamar la protección del derecho a la salud.²¹ La Corte también advirtió que los funcionarios de la Superintendencia, en el ejercicio de sus funciones judiciales, están obligados a usar la excepción de inconstitucionalidad, al igual que cualquier otro juez de la República, por lo que no pueden dejar de aplicar la Constitución o de garantizar el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental a una persona, so pretexto de aplicar de manera preferente normas regulatorias contrarias a la Constitución, de rango inferior, bien sean legislativas o administrativas (decretos, resoluciones, acuerdos, etc.).²¹”

22 Según consta en la copia del documento de identidad anexo al expediente la señora Ana Elena Bedoya de Otálvaro nació el 10 de marzo de 1951. Expediente de tutela, cuaderno 2, folio 4.

23 Según consta en la copia de remisión de paciente y solicitud de orden de servicio expedida por el Hospital Universitario San Vicente de Paúl, la accionante padece de varices en miembros inferiores, razón por la cual se le ordena la realización de una “varicectomía bilateral + Laboratorios + Pa y LAT Tórax +EHG -“. Expediente de tutela, cuaderno 2, folio 2.

24 Expediente de tutela, cuaderno 2, Folio 26.

25 Expediente de tutela, cuaderno 2, Folio 22.

26 Ver folios 3 y 12, cuaderno 2, del expediente de tutela.

27 Sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). La Sala Especial de Seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008 de esta Corporación, mediante Auto del 13 de julio de 2010, le solicitó al Ministerio de la Protección Social, información respecto a las acciones emprendidas para dar cumplimiento a la orden Vigésima segunda,

numeral tercero, que expresamente le ordenó: “(iii) prever la adopción de las medidas necesarias para estimular que quienes tienen capacidad económica, efectivamente coticen, y que a quienes pasen del régimen subsidiado al régimen contributivo se les garantice que pueden regresar al subsidiado de manera ágil cuando su ingreso disminuya o su situación socioeconómica se deteriore”. Actualmente la respuesta se encuentra en evaluación.