

Sentencia T-295/16

El principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela, se encuentra consagrado en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución y en el inciso 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Estas normas disponen que la tutela sólo procederá cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) existan medios judiciales y éstos no sean eficaces o idóneos para la protección de los derechos fundamentales, o (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el Legislador.

ACCION DE TUTELA CONTRA FONDO DE PENSIONES-Improcedencia por incumplir requisito de subsidiariedad, por cuanto accionante cuenta con proceso ordinario laboral para obtener pensión de invalidez y, no ser sujeto de especial protección constitucional

Referencia: expediente T-5.389.110

Acción de tutela presentada por Gener Obregón Izajar, como apoderado judicial de Omar Alfonso Gómez contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A y otros.

Procedencia: Juzgado 13º Civil Municipal de Cali.

Asunto: Reiteración de jurisprudencia de principio de subsidiariedad en la acción de tutela.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Jorge Iván Palacio Palacio y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia de única instancia proferida el 5 de noviembre de 2015 por el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, dentro de la acción de tutela presentada por Gener Obregón Izajar, como apoderado judicial de Omar Alfonso Gómez en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A y otros.

El asunto llegó a esta Corporación, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 31 del Decreto 2591 de 1991. Mediante Auto de 11 de marzo de 2016, la Sala Número Tres de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión y asignó a la Magistrada Ponente su sustanciación.

I. ANTECEDENTES

Gener Obregón Izajar, como apoderado judicial de Omar Alfonso Gómez, presentó acción de tutela en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A y otras entidades, al considerar que con la eliminación del pago de la pensión de invalidez, se vulneran los derechos fundamentales de su poderdante a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección de las personas en condición de discapacidad.

Hechos y pretensiones en tutela

El 9 de septiembre de 2009, al señor Omar Alfonso Gómez le fue diagnosticado “adenocarcinoma gástrico difuso de 3 cm de diámetro. Invasión peri neural, vascular y a serosa”[1]. A causa de ello, fue remitido el 15 de febrero de 2010 por S.O.S Servicio Occidental en Salud E.P.S., a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, para que realizara la valoración correspondiente a fin de determinar si el señor Alfonso Gómez, podía obtener la pensión de invalidez, ya que presentaba una

incapacidad continua de 245 días y su pronóstico era “NO favorable de rehabilitación”[2].

En consecuencia, el 19 de abril de 2010, la aseguradora Suramericana S.A., determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 66.09% con fecha de estructuración el 10 de septiembre de 2009[3]. De conformidad con lo anterior, el 10 de mayo de 2010, Protección S.A., le informó al señor Alfonso Gómez que se procedería al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez bajo la modalidad de renta vitalicia[4].

El 21 de marzo de 2014, Suramericana S.A., en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993[5] y de las valoraciones médicas que demostraban que el estado de salud del accionante era favorable[6] “(...) envió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca toda la documentación necesaria para dar comienzo al proceso de recalificación del estado de invalidez del señor Gómez (...)”[7].

Así pues, el 29 de abril de 2014, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, determinó que Omar Alfonso Gómez tenía una incapacidad del 38.89% por enfermedad común y con fecha de estructuración del 11 de abril de 2013[8]. Inconforme con la decisión adoptada, el señor Alfonso Gómez interpuso recurso de reposición y apelación. De esta manera, el 21 de noviembre de 2014, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, conoció del recurso de alzada y decidió confirmar la decisión proferida en primera instancia por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca.

Con fundamento en ello, el 27 de marzo de 2015, Suramericana S.A. le informó a Omar Alfonso Gómez que a partir del 31 de marzo de 2015, daría por “terminada la obligación pensional que se tenía bajo el contrato de seguro de Renta Vitalicia de acuerdo al artículo 70 de la ley 100 de 1993”[9].

Por todo lo anterior, Omar Alfonso Gómez a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección de las personas en condición de discapacidad. En consecuencia, solicita que se le ordenara a Protección S.A., que se reanude el pago de la pensión de invalidez y se afilie al sistema de seguridad social en salud.

II. ACTUACIONES PROCESALES

El Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, por medio de auto del 23 de octubre de 2015, admitió la acción de tutela, ordenó correr traslado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a la aseguradora Suramericana S.A., y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que se pronunciaran en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

Asimismo, ordenó vincular a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, a la E.P.S Servicio Occidental de Salud S.O.S., a la Clínica de Artritis Temprana, Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca Comfamiliar Andi (COMFANI), a la Clínica Nuestra Señora de los Remedios, a la Fundación Valle del Lili, al Centro Médico Jamundí, a la Fundación Unicáncer, al Ministerio de la Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, a la Secretaría de Salud de Cali y al Ministerio del Trabajo para que se pronunciaran en relación con los hechos de la presente acción de tutela.

2.1. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A

El representante legal judicial de Protección S.A., indicó que la entidad que representa no vulneró los derechos fundamentales del accionante, ya que “(...) obró conforme a todo el procedimiento legal en el trámite de la solicitud de pensión de invalidez solicitado por este y es la Compañía de Seguros de Vida Suramericana S.A., la aseguradora la que debe verificar su estado de invalidez pues dicha entidad era la encargada de pagar la pensión de invalidez del accionante”[10] (subrayado en el texto original).

Asimismo, sostuvo que no se cumple con el requisito de subsidiariedad previsto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, ya que el accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para el reconocimiento de sus pretensiones.

De conformidad con lo anterior, solicitó que en el evento en que se llegaran a amparar los derechos fundamentales del accionante, se hiciera como mecanismo transitorio, hasta que la autoridad judicial dentro de un proceso ordinario laboral se pronunciara acerca de la procedencia de la prestación económica solicitada por el actor.

Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca

El Jefe de la Oficina Jurídica, solicitó la exoneración de la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca de la atención solicitada por el accionante, toda vez que según el certificado proferido por el FOSYGA, el señor Omar Alfonso Gómez se encuentra retirado de la E.P.S Servicio Occidental de Salud S.O.S[11].

Servicio Occidental de Salud S.O.S E.P.S

La Representante Legal Judicial de la EPS, solicitó que se negara la acción de tutela y que se desvinculara a la entidad que representa, como quiera que “(...) no le corresponde a la SOS EPS por pertenecer al SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, tiene definidas sus competencias de acuerdo a la Ley General de materia, aquellas que la deroguen y/o adicionen. En ese sentido, HAY FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA en la medida que no hay vulneración de derechos fundamentales por parte de la EPS SOS, por no ser la entidad competente en la materia”[12].

En relación con lo anterior, sostuvo que debe ser Protección S.A., quien proceda al reconocimiento y pago de la pensión solicitada por el actor, más aún, cuando los recursos económicos de la EPS deben ser destinados para asuntos referentes al sistema general de seguridad en salud.

Fundación Valle del Lili

El Representante Legal Suplente de la Fundación Valle del Lili, informó que el señor Omar Alfonso Gómez, fue atendido en las instalaciones de dicha entidad en el año 2011 y le practicaron una cirugía gastrointestinal y una endoscopia. De conformidad con lo anterior, sostuvo que la institución que representa, ha cumplido con sus obligaciones, y que por tanto, no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

Unicáncer

La Representante Legal de Unicáncer, sostuvo que ésta entidad tiene convenio con la EPS Servicio Occidental de Salud, quien le presta los servicios médicos al señor Gómez. Igualmente, indicó que el accionante fue valorado por primera vez el 15 de octubre de 2009 por el médico Alejandro Hijuelos, quien manifestó que se le prestó el servicio de salud al

demandante hasta el 23 de septiembre de 2014, y además, se le practicaron unas sesiones de quimioterapia.

Clínica Nuestra Señora de los Remedios

La Coordinadora de la Clínica, manifestó que no hay registro de ingreso del señor Omar Alfonso Gómez a dicha institución. En consecuencia, solicitó que fuera desvinculada de la acción de tutela.

Ministerio del Trabajo

La Coordinadora del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo, Dirección Territorial del Valle del Cauca, señaló que una vez revisada la base de datos del Ministerio, no se encontró ninguna queja por parte del accionante frente a los hechos de la presente acción de tutela. Igualmente, expuso que de conformidad con los artículos 142 del Decreto 19 de 2012 y 41 de la Ley 100 de 1993, el Ministerio de Trabajo no puede intervenir en los trámites que resultan propios de la calificación de invalidez.

Por último, precisó que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que el actor podía acudir a la jurisdicción laboral o a la contenciosa administrativa para que se reconocieran las pretensiones incoadas.

Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca

La Representante Legal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela, toda vez que no existe una vulneración a los derechos fundamentales del accionante y la entidad que representa actuó conforme al procedimiento fijado en las disposiciones normativas atinentes a la materia.

Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca Comfamiliar Andí (COMFANDI)

El apoderado judicial de COMFANDI solicitó que se desvinculara a dicha entidad del presente proceso, toda vez que no vulneró los derechos fundamentales del accionante. Aclaró que la entidad que representa es una Institución Prestadora de Salud (IPS), y en esa medida, no tiene la obligación de suministrar medicamentos o autorizar tratamientos médicos. En este orden de ideas, deben ser las EPS quienes realicen este tipo de labores.

Para finalizar anotó que COMFANDI es una persona jurídica completamente distinta a la EPS a la que se encuentra afiliado el paciente, de manera que su representada, no se encuentra legitimada en la causa por pasiva en la presente situación.

Ministerio de Salud

El Director Jurídico del Ministerio, manifestó que el servicio de salud del accionante quedó suspendido hasta que fuera incluido en la nómina nuevamente, toda vez que “(...) las EPS no están obligadas a garantizar la prestación de un servicio de salud si no existe previamente la cancelación de la cotización (...)”[13].

Por otra parte, señaló que a la luz de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, las entidades departamentales, deben prestarle el servicio de salud a las personas que no tienen los recursos económicos para afiliarse al sistema de seguridad social.

En este orden de ideas, solicitó que se exonerara al Ministerio de Salud de la responsabilidad en la prestación del servicio de salud solicitado por el actor, en atención a que dicho servicio debe ser suministrado por las IPS públicas o privadas.

2.2. SENTENCIAS EN SEDE DE TUTELA

Sentencia de única instancia

El Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, mediante sentencia del 5 de noviembre de 2015, declaró improcedente la acción de tutela presentada por el señor Omar Alfonso Gómez y ordenó al Ministerio de Protección Social que adelantara todos los trámites necesarios junto con la Secretaría de Salud Municipal de Cali, para que se incorporara al accionante al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado.

Finalmente, anotó que al tener el accionante una enfermedad catastrófica y al ser la salud un derecho fundamental, se debe propender porque se le preste el servicio de salud de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Impugnación

El 17 de septiembre de 2015, la apoderada judicial de la Secretaría de Salud Municipal de

Cali impugnó la decisión proferida por el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, al considerar que no fue notificada de la admisión de la acción de tutela.

Asimismo, señaló que “(...) el accionante debe esperar hasta que sea avalado por el DNP Bogotá, para poder afiliarse a una EPS Subsidiada, por cuanto después de realizada la encuesta y que esté validada por parte del Departamento Nacional de Planeación y según el puntaje obtenido, el usuario quedará catalogado como POBLACIÓN ELEGIBLE PRIORIZADA, según los lineamientos establecido en el Acuerdo 331 de 2006 y el Acuerdo 415 del 18 de Septiembre de 2009” [15].

En este sentido, enfatizó que una vez el accionante obtenga el puntaje por parte del DNP, debe dirigirse personalmente a la EPS Subsidiada de su escogencia, para que sea afiliado. Insistió en que “la responsabilidad de los trámites relacionados con el Régimen Subsidiado en Salud corresponde exclusivamente a los interesados, en virtud de ello, una vez el puntaje sea validado a nivel nacional por el DNP, corresponde exclusivamente al usuario escoger la EPS-S de su preferencia y acudir a la misma para tramitar la solicitud de afiliación” (subrayado en el texto original) [16].

De conformidad con lo anterior, solicitó que se modificara el numeral 2º de la sentencia, toda vez que es el Departamento Administrativo de Planeación Municipal-Subdirección de Desarrollo Territorial, a quien le corresponde administrar la información necesaria para que el accionante pueda afiliarse a una EPS del régimen subsidiado en salud.

Juzgado 13 Civil Municipal de Cali

Mediante auto nº 5236 del 17 de noviembre de 2015, el mencionado juzgado resolvió negar la impugnación presentada por la apoderada judicial de la Secretaría de Salud Municipal de Cali, al considerar que fue presentada por fuera del término legal para ello.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

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

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. Omar Alfonso Gómez, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A y otras entidades, al considerar que con la eliminación del pago de la pensión de invalidez por una enfermedad catastrófica, se vulneran sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección de las personas en condición de discapacidad.

El apoderado judicial indicó que el señor Gómez padece de adenocarcinoma gástrico difuso y que su diagnóstico es “no favorable de recuperación”. En este sentido, sostiene que es necesario que se reactive el pago de la pensión de invalidez para que pueda sufragar los gastos médicos correspondientes a su enfermedad.

De manera general, las entidades vinculadas a la presente acción de tutela, manifestaron que no se encontraban legitimadas en la causa por pasiva y que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, toda vez que el accionante podía acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para reactivar el pago de la pensión de invalidez[17].

3. La presente situación fáctica exige resolver en primer lugar el siguiente problema jurídico: ¿la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para obtener la reactivación del pago de la pensión de invalidez de un accionante que le fue eliminado por no cumplir con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral?

4. En caso de encontrarse que la acción de tutela es el mecanismo procedente, la Sala entrará a analizar si ¿las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital de Omar Alfonso Gómez por haber eliminado el pago de la pensión de invalidez que venía recibiendo?

El principio de subsidiariedad en la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

5. El principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela, se encuentra consagrado en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución y en el inciso 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Estas normas disponen que la tutela sólo procederá cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) existan

medios judiciales y éstos no sean eficaces o idóneos para la protección de los derechos fundamentales, o (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De la interpretación de las normas en comento, se evidencia que una de las hipótesis es que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela, a menos que el juez constitucional se percate de la posible consumación de un perjuicio irremediable.

De esta manera, cuando “una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia”[18].

6. En este sentido, el principio de subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela, reconocen la validez y viabilidad de los recursos judiciales ordinarios como mecanismos legítimos y prevalentes para salvaguardar los derechos, de modo que al existir tales mecanismos de defensa, se debe acudir a ellos preferentemente, siempre que sean conducentes para garantizar una eficaz protección constitucional de los derechos fundamentales de los individuos.

Bajo ese entendido, el sujeto que invoca la transgresión de sus derechos fundamentales por esta vía, debe agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto. Esta exigencia y deber jurídico, pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que remplace aquellos diseñados por el Legislador[19].

Al respecto, la sentencia T-921 de 2014[20], estudió el caso de un accionante que pisó una mina antipersona y le causó la pérdida de una de sus piernas. Debido a ello, fue diagnosticado con una pérdida de capacidad laboral del 53.15%. En consecuencia, le solicitó al Ministerio del Trabajo el reconocimiento de la pensión de invalidez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, con ocasión de su victimización.

La Sala Novena de Revisión, indicó que “la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alternativo o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias”, pues ello conllevaría a la desarticulación del sistema jurídico.

La protección de los derechos fundamentales está confiada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no se pueda acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, de conformidad con las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada.

Asimismo, esta Corporación ha dicho que “para acudir a la acción de tutela, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior” [21].

Entonces, esta obligación procesal, pretende que la tutela sea utilizada en circunstancias en que el accionante no cuente con los mecanismos ordinarios para la protección de sus derechos o que aun existiendo, éste no resulte idóneo y efectivo para la protección de ellos.

7. En este orden de ideas, el principio de subsidiariedad sostiene que la acción de tutela es improcedente cuando la persona que inició la misma, ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa y no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, o cuando las ha utilizado y pretende revivir los términos con la acción de tutela.

En razón a lo anterior, se ha entendido que la Constitución y la ley han creado una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos constitucionales, de manera que acudir prioritariamente a la acción de tutela, conllevaría a vaciar el contenido de los otros mecanismos de defensa judicial y con ello a que sean relegados a la voluntad de quien inicia un proceso judicial.

Así pues, la jurisdicción constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que por el contrario, debe ir encaminado a lograr coordinación y complementación entre

éstos, con el fin de que no ocurran interferencias e invasiones de competencia. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo[22].

8. En resumen, es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el Legislador.

Caso concreto

9. Omar Alfonso Gómez, a través de apoderado judicial presentó acción de tutela en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A y otras entidades, al considerar que con la eliminación del pago de la pensión de invalidez, se vulneraron sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección de las personas en condición de discapacidad, pues alega que tiene una enfermedad catastrófica y que su diagnóstico es “no favorable de rehabilitación”.

Las entidades accionadas señalaron de manera general que no se encontraban legitimadas en la causa por pasiva y que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, toda vez que el accionante podía acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para el reconocimiento de sus pretensiones.

Debido a los tratamientos y exámenes médicos que le han sido practicados al señor Gómez desde el 2009 hasta el 2014, se encontró que “no hay evidencia de enfermedad”[24], no hay lesiones tumorales y el cáncer gástrico no hizo metástasis[25].

Asimismo, se evidencia que en la última valoración hecha por el oncólogo el 23 de septiembre de 2014, se estableció que el señor Gómez no presentaba pérdida de peso, no tenía lesiones en el abdomen y la colonoscopia demostró que todo se encontraba “normal”[26].

En armonía con lo anterior, la Sala observa que desde el 9 de septiembre de 2009, fecha en la cual le fue diagnosticado el adenocarcinoma gástrico, hasta el 23 de septiembre de 2013, fecha de la última valoración médica por parte del oncólogo, la EPS le practicó todos los tratamientos y exámenes requeridos para mejorar su estado de salud. Por ejemplo: (i) el 20 de octubre de 2009 inició las sesiones de quimioterapia; (ii) el 9 de junio de 2010 se le practicaron exámenes de sangre; (iii) el 5 de abril de 2011 se le aplicó vitamina B12 y se realizó un tac de abdomen; (iv) el 7 de noviembre de 2013 se realizó una endoscopia y una colonoscopia total; (v) y finalmente, el 2 de noviembre de 2014 se realizó una gammagrafía ósea.

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que: (i) Servicio Occidental de Salud S.O.S E.P.S prestó todos los servicios médicos que el accionante requirió para mejorar su estado de salud; (ii) el señor Gómez actualmente no padece de adenocarcinoma gástrico difuso debido a los tratamientos médicos que le fueron practicados; y (iii) en consecuencia de lo anterior, el actor goza de un buen estado de salud.

Entonces, el estado de salud actual del accionante y el transcurso de los 3 años que prescribe el artículo 44 de la Ley 100 de 1993 para que se pueda revisar el estado de invalidez del actor, facultó a la aseguradora para extinguir el pago de la pensión de invalidez, ya que el señor Gómez no cumplía con el requisito de la pérdida de capacidad laboral de más del 50%.

11. Por otro lado, el despacho de la Magistrada Sustanciadora realizó una búsqueda en el Registro Único de Afiliados a la Protección Social (RUAF) y encontró que el señor Omar Alfonso Gómez se encuentra “activo” en el régimen de ahorro individual en pensiones y su administradora es el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

De esta manera, se puede inferir que el accionante sigue cotizando al régimen de seguridad social en pensiones para que al momento de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 pueda obtener el reconocimiento de la pensión de vejez.

12. No obstante, dentro de dicho registro se aprecia que el accionante se encuentra “retirado” del sistema de seguridad social en salud, de manera que al ser éste un derecho fundamental y un servicio público esencial obligatorio por parte del Estado[27] debe ser

afiliado al régimen subsidiado.

Cabe recordar que dicha afiliación se hace a través de un procedimiento que se encuentra establecido en el Acuerdo 415 de 2009 “[p]or medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Dicha disposición establece en el artículo 15, que el interesado, de manera libre y voluntaria, puede escoger una EPS-S y suscribir el formulario único de afiliación[28]. En otras palabras, la persona que esté interesada en afiliarse al régimen subsidiado en salud, debe haber sido calificada por el SISBEN como “población elegible o elegible priorizada” y una vez obtenido el puntaje, puede acudir a cualquier EPS-S para llenar el formulario único de afiliación.

Así pues, la Sala percibe que es el accionante o en su defecto su apoderado judicial, quienes debían acudir a la Secretaría Municipal de Jamundí para que el señor Gómez fuera calificado por el SISBEN como población elegible o elegible priorizada, y con base en ello, poder acudir ante una EPS-S para ser afiliado.

13. En este orden de ideas, la Sala constata que: (i) el accionante no se encuentra en un estado de vulnerabilidad manifiesta que implique la intervención inmediata del juez constitucional para la protección de sus derechos fundamentales; (ii) el actor cotiza al régimen de seguridad social en pensiones, de manera que en caso de cumplir con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pueda obtener la pensión de vejez; y (iii) el demandante tiene a su cargo, la obligación de acudir a la Secretaría de Planeación Municipal de Jamundí para que diligencie la encuesta del SISBEN y con base en ello, pueda determinar si es posible afiliarse a una EPS-S.

14. Así las cosas, la Sala encuentra que las consideraciones presentadas por el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali que se refieren a la procedencia de la acción de tutela, se ajustan al caso concreto, toda vez que al no existir una de las causales para que proceda la acción de tutela como mecanismo principal, el actor deberá acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que demuestre que el cambio de calificación de pérdida de capacidad laboral es inapropiado debido a su condición de salud.

Sin embargo, la decisión de ordenarle al Ministerio de Protección Social para que con la colaboración de la Secretaría de Salud Municipal de Cali procediera a incorporar al señor

Omar Alfonso Gómez al régimen subsidiado, no es viable, ya que como quedó expuesto, es el accionante quien debe realizar todas las diligencias administrativas para ser afiliado al régimen subsidiado en salud, y no las entidades mencionadas.

Por consiguiente, la Sala confirmará parcialmente la decisión proferida el 5 de noviembre de 2015 por el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, por medio de la cual declaró improcedente la acción de tutela presentada por el señor Omar Alfonso Gómez.

Así mismo, revocará la orden impartida al Ministerio de Protección Social y a la Secretaría de Salud Municipal de Cali, de afiliar al régimen subsidiado de salud al señor Omar Alfonso Gómez.

Conclusión

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas, concluye que la acción de tutela no es el mecanismo judicial procedente para la garantía de los derechos fundamentales del señor Omar Alfonso Gómez a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección de las personas en condición de discapacidad, toda vez que éste no se encuentra en un estado de vulnerabilidad manifiesta que le impida acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que se reactive el pago de la pensión de invalidez. Además, el accionante cotiza al régimen de seguridad social en pensiones, de manera que al momento de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, podrá obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Como quiera que la acción de tutela no es el mecanismo procedente, la Sala no encuentra necesario pronunciarse en relación con el segundo problema jurídico planteado.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión proferida el 5 de noviembre de 2015 por

el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, por medio de la cual declaró improcedente la acción de tutela presentada por el señor Omar Alfonso Gómez.

SEGUNDO.- REVOCAR la orden impartida al Ministerio de Protección Social y a la Secretaría de Salud Municipal de Cali de afiliar al régimen subsidiado de salud al señor Omar Alfonso Gómez.

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

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

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno 1. Folio 71. Historia médica.

[2] Cuaderno 1. Folio 27. Oficio “CD2 004116” proferido por la dependencia técnica de medicina del trabajo de la EPS SOS Servicio Occidental en Salud.

[3] Cuaderno 1. Folio 22 a 25. Dictamen médico realizado por Paola Andrea Castro Escobar, representante de la Comisión Calificadora de la aseguradora de vida Suramericana S.A.,

[4] Cuaderno 1. Folios 96 y 97. Carta enviada a Omar Alfonso Gómez el 10 de mayo de

2010, por parte de la Jefe del Departamento de Beneficios y Pensiones de Protección S.A. y por la Analista de Beneficios y Pensiones de la misma entidad.

[5] “ARTÍCULO 44. REVISIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ. El estado de invalidez podrá revisarse:

a. Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiera lugar.

Este nuevo dictamen se sujeta a las reglas de los artículos anteriores.

El pensionado tendrá un plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de dicha solicitud, para someterse a la respectiva revisión del estado de invalidez. Salvo casos de fuerza mayor, si el pensionado no se presenta o impide dicha revisión dentro de dicho plazo, se suspenderá el pago de la pensión. Transcurridos doce (12) meses contados desde la misma fecha sin que el pensionado se presente o permita el examen, la respectiva pensión prescribirá.

Para readquirir el derecho en forma posterior, el afiliado que alegue permanecer inválido deberá someterse a un nuevo dictamen. Los gastos de este nuevo dictamen serán pagados por el afiliado;

b. Por solicitud del pensionado en cualquier tiempo y a su costa”.

[6] Cuaderno 1. Folio 61 a 66. Historia clínica.

[7] Oficio del 27 de marzo de 2015, proferido por Adriana María Padierna Tobón, Coordinadora de Rentas Vitalicias de la empresa Suramericana S.A.

[8] Cuaderno 1. Folio 21. Evaluación de pérdida de capacidad laboral hecha por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca a Omar Alfonso Gómez el 29 de abril de 2014.

[9] Cuaderno 1. Folio 99. Oficio enviado por Adriana María Padierna Tobón, Coordinadora de

Rentas Vitalicias de Suramericana S.A. por medio de la cual se le informa a Omar Alfonso Gómez la terminación de la póliza de renta vitalicia.

[10] Cuaderno 1. Folio 92. Contestación de la acción de tutela por el representante legal judicial de Protección S.A., Juliana Montoya Escobar.

[11] Cuaderno 1. Folio 103. Contestación de la acción de tutela por el jefe de la oficina jurídica de la Secretaría de Salud Departamental, Marco Aurelio Zambrano.

[12] Cuaderno 1. Folio 106. Contestación de la acción de tutela por parte de Claudia Paola Rojas Caicedo, representante legal judicial de Servicio Occidental de Salud S.A. SOS.

[13] Cuaderno 1. Folio 128. Contestación de la acción de tutela por parte de Luis Gabriel Fernández Franco, Director Jurídico del Ministerio de Salud.

[14] Cuaderno 1. Folio 140. Fallo de única instancia, proferido el 5 de noviembre de 2015 por el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali.

[15] Cuaderno 1. Folio 168. Impugnación presentada por la apoderada judicial de la Secretaría de Salud Municipal de Cali, el 17 de noviembre de 2015.

[16] Cuaderno 1. Folio 169. Impugnación presentada por la apoderada judicial de la Secretaría de Salud Municipal de Cali, el 17 de noviembre de 2015.

[17] Dicha argumentación fue hecha por las siguientes entidades: Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, E.P.S Servicio Occidental de Salud S.O.S., Clínica de Artritis Temprana, Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca Comfamiliar Andi (COMFANI), Clínica Nuestra Señora de los Remedios, Fundación Valle del Lili, Fundación Unicáncer, Ministerio de la Protección Social, Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, Secretaría de Salud de Cali y Ministerio del Trabajo

[18] Ver entre otras: T-313 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-032 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-705 de 2012. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-061 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-828 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[19] T-417 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

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

[21] Sentencia SU-037 de 2009 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[22] Ver entre otras: T-634 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-083 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-046 de 2009. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-687 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-235 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[24] Cuaderno 1. Folio 56. Valoración hecha por el médico especialista en hematología, Milton Lombana Quiñonez.

[25] Cuaderno 1. Folio 56 a 59. Valoración médica hecha por el médico oncólogo, Alejandro Hijuelos Reyes.

[26] Cuaderno 1. Folio 59. Valoración médica hecha por el médico oncólogo, Alejandro Hijuelos Reyes.

[27] Ley 1751 de 2015 “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. “Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

[28] Artículo 15. De la afiliación en el Régimen Subsidiado. La afiliación al Régimen Subsidiado es el proceso mediante el cual la población elegible o elegible priorizada se incorpora al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este proceso la población selecciona libremente una EPS-S y suscribe el formulario único de afiliación y traslado. Para la garantía de la prestación de servicios al afiliado y para todos los efectos legales, la afiliación adquiere vigencia a partir del primer día calendario del nuevo período de contratación, cuando la suscripción de la afiliación se haya efectuado durante los dos (2)

meses anteriores a la suscripción del nuevo contrato. En los demás casos, se aplicará la siguiente regla: si el formulario fue suscrito durante los primeros quince (15) días del mes, la vigencia de la afiliación se hará efectiva a partir del primer día calendario del mes siguiente. Si el formulario fue suscrito en fecha posterior al día dieciséis (16) del respectivo mes, la afiliación tendrá vigencia a partir del primer día calendario del mes subsiguiente.