

Sentencia T-347/12

DERECHO DE PARTICIPACION-Protección constitucional

DERECHO DE PARTICIPACION-Manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho

DERECHO DE PARTICIPACION-Ámbito internacional

DERECHO DE PARTICIPACION-Naturaleza expansiva/DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-Ejercicio

INSTITUCION DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Formas de participación social en la prestación de servicios

NUEVA EPS-Sociedad de economía mixta

INSTITUCION DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Designación de representante de asociaciones de usuarios ante Junta Directiva de EPS

ACCION DE TUTELA DE INTEGRANTES DE ASOCIACION DE USUARIOS DE LA NUEVA EPS-Garantizar el derecho de participación ante Junta Directiva de la entidad para intervenir en la toma de decisiones

Referencia: expediente T-3.302.990

Acción de Tutela instaurada por Luis Eduardo Trujillo Solarte, en calidad de usuario y presidente de la Asociación de Usuarios de la EPS e IPS de la Nueva EPS – Cauca, contra la Nueva E.P.S S.A.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub –quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de segunda instancia proferida el 1° de noviembre de 2011, por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de la misma ciudad, el 19 de septiembre de 2011, dentro de la acción promovida por Luis Eduardo Trujillo Solarte en calidad de usuario y presidente de la Asociación de Usuarios de la EPS e IPS de la Nueva E.P.S – Cauca contra la Nueva E.P.S S.A.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

Luis Eduardo Trujillo Solarte en calidad de usuario y presidente de la Asociación de Usuarios de la EPS e IPS de la Nueva E.P.S – Cauca demandó ante el juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, participación e igualdad, presuntamente vulnerados por la Nueva E.P.S ante la negativa de garantizar la participación de los usuarios en su Junta Directiva, con el fin de que puedan intervenir en la toma de decisiones de la entidad.

1. HECHOS RELATADOS POR EL PETICIONARIO

1. El accionante afirma que es afiliado a la Nueva EPS desde el 1 de agosto de 2008, y actualmente es el Presidente y Representante Legal de la Asociación de Usuarios de la Entidad Promotora y Prestadora de Salud “Nueva EPS”- Cauca.

1. Señala que acorde con la clasificación legal de las clases de empresa según los aportes de capital, la Nueva EPS – Cauca es una sociedad de economía mixta.

1. Indica el actor, que la Junta Directiva de la Nueva EPS, conforme a su naturaleza de “sociedad de economía mixta”, debería contar con la participación de los usuarios, con el fin de facilitar la participación de todos los interesados en las decisiones que adopte la entidad.

1. Aclara que en diferentes reuniones de delegados zonales y Regionales, en Popayán, Cali y Bogotá, se discutió la representación en la junta mencionada. Aduce que como producto de

esas reuniones, mediante derechos de petición formulados al Presidente de la Junta Directiva de la Nueva EPS y al Presidente de la entidad, se solicitó la participación de los usuarios en el órgano político de la EPS.

1. Afirma que mediante oficio 1779 del 4 de octubre de 2010, la Nueva EPS respondió a las solicitudes, negando la participación de la Asociación de Usuarios, señalando que es una entidad de carácter privado y que, en ese orden, no está obligada a ofrecer un cupo de participación a los usuarios en su Junta Directiva.

1. Relata que las asociaciones de usuarios han tenido que acudir a instancias judiciales para poder ser escuchados por la EPS. En particular, menciona que presentaron una acción popular en el 2009 ante el Juzgado 4° Administrativo de Popayán, con el fin de que los servicios de salud fueran prestados de manera oportuna y completa. El Juzgado decidió conceder la protección a los derechos colectivos al goce de una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y a su prestación eficiente y oportuna. La decisión fue apelada y, en segunda instancia, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca decidió confirmar.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Radicada la acción de tutela el 7 de septiembre de 2011, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán la admitió y ordenó correr traslado a la parte accionada, nivel central y zonal Popayán, para que ejerciera su derecho de defensa.

1. Nueva EPS S.A.

El apoderado judicial de la Nueva EPS S.A. (nivel central), el 12 de septiembre de 2012, realizó las siguientes manifestaciones:

Expresó que la Nueva EPS S.A. no es una sociedad de economía mixta sino de naturaleza privada, constituida por las cajas de compensación, como una sociedad comercial de naturaleza anónima y de carácter privado. Indicó que ésta cuenta con autorización de la Superintendencia Nacional de Salud para funcionar como EPS del régimen contributivo. Advirtió que conforme a la sentencia C-953 de 1999 de la Corte Constitucional, las sociedades son de economía mixta cuando, además de incluir aportes del Estado, son creadas por medio de una ley, es decir, es necesaria la voluntad del legislador para su existencia, y la Nueva EPS no ha sido creada por ley y tampoco contó con participación económica estatal al momento de su constitución.

Aclaró que luego de la constitución, La Previsora Vida – hoy Positiva- aceptó la oferta de Nueva EPS de capitalizar la sociedad, como resultado de lo cual, La Previsora suscribió acciones equivalentes al 50% menos una acción del capital suscrito de la sociedad.

Alegó que el accionante interpuso una acción de cumplimiento ante el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán por los mismos hechos y pruebas, proceso que fue fallado favorablemente a la EPS y en el que se indicó que la norma que permite la participación de las asociaciones de usuarios en la junta directiva, no es de imperativo cumplimiento.

Finalmente, sostuvo que no existía violación a los derechos fundamentales endilgados por el actor, toda vez que la EPS ha mantenido una comunicación constante y diligente con la Asociación de Usuarios que él representa. Añadió que la acción de tutela debe ser rechazada, porque se pretende la protección de derechos colectivos de un grupo de usuarios, cuya protección debe reclamarse por medio de otros mecanismos judiciales.

La Nueva EPS Zonal de Popayán no dio respuesta a la acción de tutela.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA- JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN.

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, mediante sentencia proferida el diecinueve (19) de septiembre de 2011, decidió conceder el amparo a los derechos fundamentales invocados por el accionante, con base en los siguientes argumentos:

Indicó que el Decreto 1757 de 1994 prevé la participación de alianzas o asociaciones de usuarios a través de sus representantes en las instituciones del Sistema de Seguridad Social en Salud de naturaleza pública o mixta. Aclaró que la naturaleza de la institución debe determinarse según la composición de su capital social, y concretamente la naturaleza mixta, surge cuando hay participación del Estado y de particulares en proporciones diversas.

Señaló que conforme el Auto 082 de 2009 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Nueva EPS es una sociedad de economía mixta, ya que la participación accionaria está dividida entre entidades públicas (Positiva Seguros S.A ostenta el 50% menos una acción) y entidades privadas (Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfadi ostentan el 50% más una acción).

Acorde con lo anterior, afirmó que lo previsto en el Decreto 1757, es aplicable a la Nueva EPS y, por tanto, en su Junta Directiva debe garantizarse un puesto para el representante de las asociaciones de usuarios, para que éstos en el ejercicio de su derecho a la participación, velen por la calidad de la prestación de servicios y la defensa de los derechos de los usuarios.

Por otra parte, en lo referente a la acción de cumplimiento que ejerció el actor antes de la presente acción de tutela, el juez de instancia indicó que se trató de un aspecto diferente, ya que la finalidad de la acción de cumplimiento es asegurar la realización material de las leyes, en cambio la acción de tutela lo que persigue es la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Adicionalmente, advirtió que la presente acción fue instaurada por el señor Trujillo Solarte como usuario y como representante de la Asociación de Usuarios de la EPS e IPS de la Nueva EPS, encontrándose legitimado por activa.

Por las razones expuestas, encontró probada la vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social en salud y a la participación, y en consecuencia, ordenó a la Nueva EPS nivel Central, que procediera a abrir un cupo en su Junta Directiva para los usuarios mediante

la Asociación de Usuarios de la EPS e IPS de la Nueva EPS y a través del representante que se designe para estos efectos.

1. IMPUGNACIÓN

La Nueva EPS S.A. impugnó el fallo de primera instancia, por las siguientes razones:

Alegó que la acción de tutela debía declararse improcedente porque: i) se pretende la protección de derechos colectivos e intervenir en la composición orgánica de una sociedad comercial, asuntos que no son competencia de los jueces de tutela,; ii) carece de asidero legal la afirmación según la cual la Nueva EPS es una sociedad de economía mixta, dado que no existe ley por medio de la cual se haya creado o autorizado así, y en el momento de su constitución no había participación estatal, toda vez que la vinculación de Positiva fue posterior; iii) la orden dada por el juez de instancia vulnera el derecho a la igualdad y a la participación de los demás usuarios, ligas y asociaciones, teniendo en cuenta que existe un total de 94 a nivel nacional distribuidas en las regionales de la Nueva EPS; y iv) la parte resolutive vulnera el debido proceso de la Nueva EPS, constituyéndose en una vía de hecho, porque el numeral primero del artículo 12 del Decreto 1757 de 1994 determina que su aplicación es discrecional y no obligatoria para las EPS, tal como fue considerado por el fallo del juez que conoció de la acción de cumplimiento que promovió el accionante.

1. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA – TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN.

La Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante sentencia proferida el 1° de noviembre de 2012, revocó el fallo del a quo.

Consideró que en el caso sub examine, no se está en presencia de personas en debilidad manifiesta, ni en ninguna otra situación descrita como necesaria para proteger, por la teoría de la conexidad, el derecho a la seguridad social a través de la acción de tutela.

En lo referente al derecho a la participación, adujo que se trata de un derecho colectivo

conforme el artículo 78 de la Constitución, y para solicitar su protección por medio de la acción de tutela deben cumplirse unos requisitos jurisprudenciales estrictos que no se presentan en el presente caso, toda vez que el actor no demostró que la eventual afectación del derecho a la participación pueda comprometer uno de sus derechos fundamentales. De esa manera, indicó, no existen razones suficientes para acudir a la vía sumaria de la acción de tutela, y el actor debe acudir a otros mecanismos de defensa judicial.

En el expediente obran, entre otras, las siguientes pruebas:

1. Fotocopia del carné de afiliación de Luis Eduardo Trujillo Solarte a la Nueva EPS (folio 7 cuaderno principal)

1. Fotocopia de la certificación que emitió la Asociación de Usuarios EPS e IPS Nueva EPS S.A. -Cauca, en la cual consta que el accionante es el representante legal de dicha asociación desde el 1 de agosto de 2008 (folio 8 cuaderno principal)

1. Fotocopia del fallo que emitió el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, dentro de la acción popular que promovió el actor y en la cual coadyuvieron más de veinte personas. Dicha providencia protegió el derecho e interés colectivo a una infraestructura de servicios que garantizara la salubridad pública y a su prestación eficiente y oportuna. El fallo fue confirmado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca (folios 10 al 13 cuaderno principal)

1. Fotocopia del derecho de petición que elevó el accionante ante la Nueva EPS, con el fin de indagar acerca de las razones por las cuales dicha entidad no había incluido dentro de su Junta Directiva a un representante de las asociaciones de usuarios, de conformidad con el

artículo 12, numeral primero, del Decreto 1757 de 1994. En virtud de lo anterior, pidió que se designara a un representante de los usuarios en dicha junta, agregando a su argumentación que la Nueva EPS es una sociedad de economía mixta (folio 15 cuaderno principal).

1. Fotocopia de la respuesta al derecho de petición que elevó el actor, emitida por la Nueva EPS, en la cual niegan su solicitud atendiendo a que dicha entidad no es una EPS pública ni mixta, (folios 16 al 18 y 22).

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de esta referencia.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala examinar si la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la participación, a la igualdad, a la salud y a la seguridad social del peticionario y los miembros de la asociación que representa, ante su negativa de garantizar la representación de los usuarios en su Junta Directiva, con el fin de que ejerzan el derecho a la participación en la toma de decisiones que se adoptan al interior de la misma.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala Séptima examinará el derecho fundamental a la participación y la faceta democrática-participativa del derecho fundamental a la salud; luego, a la luz de las anteriores premisas se analizará el caso concreto.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN

4.3.1 Protección constitucional del derecho a la participación

El derecho a la participación se encuentra previsto en la Constitución para todos los colombianos como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho. Asimismo, se deriva de disposiciones como el artículo 2º de la Carta, conforme al cual, entre los fines esenciales del Estado, se encuentra facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y el artículo 40 Superior, que consagra el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político¹.

En el ámbito del derecho internacional, el derecho a la participación está concebido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 21, en el que se dispone que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes directamente elegidos. A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos, a votar y ser elegido en elecciones públicas, y a tener acceso a las funciones públicas². En la Organización de Estados Americanos se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual consagra en los artículos 13, 20, 21 y 22, los derechos a ser parte de las decisiones de quienes gobiernan, el derecho a reunirse y asociarse, y a presentar peticiones respetuosas. Por su parte, la Carta Democrática, en su artículo 6, reconoce la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 23, reconoce varios derechos políticos entre los cuales se encuentra el derecho de todo ciudadano a participar en los asuntos públicos.

La importancia del derecho a la participación también ha sido resaltado por la Corte Constitucional, por ejemplo en la sentencia C-180 de 19943, en la que afirmó que:

“El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones,

sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo.

No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.

En la democracia participativa el pueblo no sólo elige sus representantes, por medio del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir directamente en la toma de ciertas decisiones, así como la de dejar sin efecto o modificar las que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarle el mandato a quienes ha elegido.

En síntesis: la participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del

Estado colombiano. Esta implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social”.

De las disposiciones y otras fuentes normativas citadas, puede afirmarse que la participación es fundamental en la relación de las autoridades estatales y los ciudadanos, y en el intervenir de estos en la gestión pública. Por ello, la participación “puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articula a los partícipes de las dinámicas sociales”⁴

Retomando lo anteriormente expuesto, puede concluirse que el derecho a la participación (i) es un derecho fundamental; (ii) es expresión del principio democrático del Estado Social de Derecho; (iii) su fundamento, entre otras disposiciones superiores, se encuentra en el artículo 2 que establece como fin estatal “...facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan...”; (iv) expresa un modelo de comportamiento de los ciudadanos; y (v) a través de esta garantía, se fortalecen y democratizan las instancias de representación y se promueven valores constitucionales como el pluralismo y la tolerancia.

4.3.2. Naturaleza expansiva del derecho a la participación

Cabe resaltar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, el derecho fundamental a la participación no se circunscribe únicamente a la esfera electoral o estatal sino que incluye otros espacios en los cuales se adoptan decisiones que afectan la forma de vida de los ciudadanos. Sobre este tema, la Corte ha señalado lo siguiente:

En la sentencia T-637 de 20015, se expuso que el derecho a la participación como expresión del principio democrático supera la concepción de democracia representativa y, por ello, trasciende la esfera electoral. La Corte agregó que a través de este derecho, se fortalece el concepto de ciudadanía, como también el papel de los ciudadanos en las decisiones de la esfera pública que incluyen no sólo el ámbito electoral sino cualquier proceso de decisión que afectan su vida.

Vale decir que en ese pronunciamiento, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional expuso que a través del derecho a la participación se puede alcanzar un mayor nivel de

eficiencia y eficacia en el sistema estatal, pues “...Un Estado en el que los ciudadanos cuentan con el derecho de tomar parte de forma directa en las decisiones a adoptar, de controlar los poderes públicos, de calificar los resultados obtenidos para exigir responsabilidad política, es un Estado en el que probablemente se logrará satisfacer en más alto grado las necesidades de sus asociados...” (Subraya fuera de texto)

Agregado a lo anterior, se destaca que la eficiencia y la eficacia del Estado no depende únicamente de los esfuerzos que se realicen individualmente por las personas encargadas de realizar determinada función o tarea, sino también de la eficacia de la participación, esto es, de la posibilidad de realizar efectivamente el derecho a la participación y de que ésta tenga un impacto.

Bajo esta misma perspectiva, en la sentencia C-522 del 20027, la Corte estableció que el derecho a la participación no está restringido al plano político sino que es extensivo a varias esferas sociales, como por ejemplo en el interés por la deliberación que llevan a cabo cuerpos colectivos diferentes a los políticos. Igualmente, se resaltó que el ejercicio de la democracia participativa abarca al individuo como ciudadano en la multiplicidad de roles que desempeña, como es el caso de los afiliados a las empresas promotoras de salud:

“De otra parte, es necesario puntualizar que la Constitución Política de 1991 no restringe el principio democrático al ámbito político sino que lo extiende a múltiples esferas sociales. El proceso de ampliación de la democracia supera la reflexión sobre los mecanismos de participación directa y especialmente hace énfasis en la extensión de la participación de las personas interesadas en las deliberaciones de los cuerpos colectivos diferentes a los políticos. El desarrollo de la democracia se extiende de la esfera de lo político en la que el individuo es considerado como ciudadano, a la esfera social donde la persona es tomada en cuenta en su multiplicidad de roles, por ejemplo, como trabajador, estudiante, miembro de una familia, afiliado a una empresa prestadora de salud, consumidor etc. Ante la extensión de la democracia la Corte Constitucional ha señalado que el principio democrático que la Carta prohíja es a la vez universal y expansivo⁸. Universal porque compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que válidamente puede interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por lo tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder. Es expansivo pues porque ha de ampliarse progresivamente

conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción⁹” (negrilla fuera del texto).

Siguiendo esta misma línea argumentativa, la sentencia C-127 de 2004¹⁰ también refirió que el derecho a la participación no se circunscribe al campo electoral, sino que trasciende a los espacios públicos y privados en donde se adoptan decisiones que impacten a la comunidad.

4.3.3. La faceta de participación de los derechos fundamentales

Para iniciar, es importante hacer alusión a la teoría democrática en la determinación del contenido de los derechos fundamentales¹¹. Desde esta perspectiva, el concepto democrático de persona se halla en el trasfondo de los enunciados constitucionales.¹² Así, unas de las manifestaciones del principio democrático son derechos de participación, cuya importancia radica en que “...las posiciones derivadas de los derechos fundamentales democráticos atribuyen al ciudadano un poder jurídico para obtener del Estado y del Derecho la modificación de una situación jurídica, como reacción a su conducta participativa”¹³. Esto es, los derechos de participación otorgan un poder jurídico a las personas para reclamar modificaciones de situaciones jurídicas, políticas, etc. y otorgan garantía de que la participación genere consecuencias. Por tanto, uno de los pilares de los derechos de participación es que la participación produzca efectos jurídicos¹⁴.

Además, el principio del Estado Social y Democrático de Derecho y la naturaleza expansiva del principio democrático, implican que las garantías democráticas, como el derecho a la participación, irradian todos los derechos fundamentales. En ese orden de ideas puede afirmarse que todos los derechos tienen una faceta participativa, que no se circunscriben únicamente a la participación política¹⁵.

Este enfoque puede evidenciarse en las órdenes de la sentencia T-760 de 2008¹⁶, en las cuales se alude a la importancia de que los usuarios del sistema de seguridad social en salud participen en las decisiones que los afectan. En este respecto se destaca los siguientes apartes del fallo: (i) se ordenó a la Comisión Nacional de Regulación en Salud que revisara integralmente los Planes Obligatorios de Salud (POS), garantizando la participación directa y efectiva no sólo de la comunidad médica sino también de los usuarios del sistema de salud;

(ii) se expuso que conforme a la Observación General No. 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), los estados deben abstenerse de impedir la participación de las personas en los temas relacionados con la garantía del derecho a la salud; (iii) se indicó que toda política de salud debe contar con la participación de las personas, en especial de aquéllas que serán impactadas por la decisión; (iv) en el numeral 6.1.1.2.3 se evidenció que si bien había algunos mecanismos de representación en los órganos de regulación en salud, éstos no agotan la participación efectiva de quienes tienen un interés directo en el goce efectivo del derecho a la salud; y (v) en el numeral 6.1.2.2.2 se ordenó que en la ejecución del programa y el cronograma para la unificación de los planes de beneficios, la Comisión ofrecerá oportunidades suficientes de participación directa y efectiva a las organizaciones que representen los intereses de los usuarios del sistema de salud y de la comunidad médica, entre otras medidas.

A la luz de lo expuesto en esta sentencia con base en las observaciones del Comité DESC, se evidencia la importancia de la participación en la realización efectiva del derecho a la salud, el cual no debe ser entendido desde el paradigma de la salud medicalizada y asistencia sanitaria, sino que también debe interpretarse desde el punto de vista promocional, esto es, desde la perspectiva de que la salud implica la existencia de unas condiciones para el desarrollo de las personas y que resulta inseparable de la paz, la eliminación de la pobreza, la reducción del desempleo, la conservación del medio ambiente, en definitiva, todo lo que implique elevar el nivel y la calidad de vida de las personas.

1. CASO CONCRETO

5.1. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. En primer lugar, la Sala encuentra que la Asociación de Usuarios de la Nueva EPS se encuentra legitimada para interponer la acción de tutela bajo estudio, toda vez que actúa en representación de sus usuarios quienes, en su calidad de afiliados a la Nueva EPS, son titulares del derecho a la participación en escenarios de salud, presuntamente vulnerado por dicha entidad. A su vez, la Nueva EPS, en su calidad de entidad que presta un servicio

público y, además, posiblemente de naturaleza pública –como más adelante se examinará-, se encuentra legitimada por pasiva en los términos del artículo 86 Superior y del Decreto 2591 de 1991.

1. Para la Nueva EPS, la presente acción de amparo debe ser rechazada por improcedente en razón a que el actor pretende la protección de derechos colectivos de un grupo de usuarios, quienes además cuentan con otros mecanismos judiciales de defensa.

Por su parte, el juez de segunda instancia expuso que (i) no encontraba mérito alguno para proteger a través de la teoría de la conexidad el derecho a la seguridad social por medio de la acción de tutela; (ii) frente al derecho a la participación, adujo que se trataba de un derecho colectivo conforme al artículo 78 de la Constitución, y que el actor no había demostrado que la eventual afectación de este derecho pudiera comprometer uno de sus derechos fundamentales; por lo anterior, (iii) expuso que el accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa judicial.

Al respecto, esta Sala recuerda que, conforme quedó expuesto en la parte considerativa de esta providencia, el derecho a la participación es fundamental y a la vez opera como un principio constitucional que se traduce en el reconocimiento de una faceta participativa en todos los derechos fundamentales. Por lo anterior, el juez de segunda instancia debió analizar en concreto la posible afectación de esta garantía y no, como lo hizo, limitarse a aducir que se trataba de un derecho colectivo.

Frente a la afirmación de la entidad accionada en el sentido de que el actor interpuso una acción de cumplimiento ante el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán por los mismos hechos y pruebas, cabe anotar que se trata de dos acciones distintas, como en su oportunidad se explicó en primera instancia, pues lo que se debate en sede de tutela es la protección de un derecho fundamental, objetivo diferente al que se persigue en el escenario de una acción de cumplimiento, cual es asegurar la realización material del ordenamiento legal, específicamente de mandatos imperativos y expresos. Por tanto, no existe temeridad alguna en este respecto.

En definitiva, a través de la presente acción de amparo el actor en calidad de usuario y presidente de la Asociación de Usuarios de la EPS e IPS de la Nueva EPS-Cauca, invoca la protección del derecho fundamental a la participación en la Junta Directiva de la Empresa

Promotora de Salud Nueva EPS – Regional Cauca. Por consiguiente, ante la inexistencia de otros mecanismos ordinarios que garanticen efectivamente la defensa del derecho invocado y por tratarse de un asunto de relevancia constitucional, la acción de tutela se abre paso como el mecanismo idóneo para proceder a un análisis de fondo

1. Finalmente, la Sala observa que la tutela fue interpuesta dentro de un término razonable dentro del que la presunta vulneración era aún vigente.

1. ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN.

El accionante expone que en varias oportunidades como usuario y en calidad de presidente de la Asociación de Usuarios de la EPS e IPS de la Nueva EPS Cauca, ha solicitado que la Nueva EPS conforme su Junta Directiva según lo establecido en el numeral 1 del artículo 12 del Decreto 1757 de 1994, esto es, que sea integrada por un representante de los usuarios.

Por su parte, la entidad accionada aduce que la representación solicitada por el actor sólo es posible en las Entidades Promotoras de Salud de naturaleza pública o mixta, y que como la Nueva EPS S.A. fue creada como una sociedad comercial de naturaleza anónima y de carácter privada, dicha disposición no le es aplicable. En resumen, sostiene que la EPS (i) no fue creada por mandato legal como entidad pública o de naturaleza mixta; (ii) fue constituida por personas jurídicas de naturaleza privada sin la participación concurrente de entidades estatales; (iii) no está adscrita a ningún órgano estatal para efectos de control (artículo 98 de la Ley 489 de 1998); (iv) la participación del capital estatal se dio con posterioridad a su creación, y dicha participación es menor al 50% del capital social. Por lo anterior, la EPS negó la petición del accionante.

Al respecto, esta Sala considera lo siguiente:

1. El Decreto 1757 del 3 de agosto de 1994 “por el cual se organizan y se establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud, conforme

a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 4 del Decreto-ley 1298 de 1994” establece en el capítulo IV acerca de la participación en las instituciones del sistema de seguridad social en salud, específicamente en el artículo 12, lo siguiente:

“Representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios. Las alianzas o asociaciones de usuarios elegirán sus representantes en asamblea general, y entre los elegidos de éstas si hubieren varias asociaciones o alianzas de usuarios, para períodos de dos (2) años. Para el efecto, sus instancias de participación podrán ser:

1. Un (1) representante ante la Junta Directiva de la respectiva empresa promotora de salud pública y mixta” (Subraya fuera de texto)

1. Acerca de la naturaleza jurídica de la Nueva EPS, esta Corporación en múltiples oportunidades¹⁷ ha señalado que se trata de una sociedad de economía mixta. Por ejemplo, en el auto 082 del 18 de febrero de 2009, expuso lo siguiente:

“Así las cosas, -de acuerdo con la Constitución, la jurisprudencia de la Corte y la ley-, “hoy en día los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son (i) creación o autorización legal; (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro; (iv) sujeción a las reglas del Derecho privado, ‘salvo las excepciones que consagra la ley’; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción; (vi) vinculación y consecuente sujeción a controles administrativos”.¹⁸

2.2. A esas características responde la Nueva EPS, ya que fue creada por autorización de la Ley 1151 de 2007, artículo 15519. Por otra parte, se trata de una sociedad anónima, sometida al régimen de las empresas de salud, constituida mediante escritura pública No. 753 del 22 de marzo de 2007. La participación accionaria en la Nueva EPS está dividida entre entidades públicas y privadas. Mientras la Positiva Seguros S.A²⁰. -entidad pública- ostenta el 50% menos una acción, Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfadi -entidades privadas- tienen el 50% más una acción. Finalmente,

esta sociedad recibió autorización de funcionamiento mediante la Resolución No. 371 del 3 de abril de 2008, expedida por la Superintendencia de Salud...”

Sumado a lo anterior, frente al argumento de la Nueva EPS en el sentido de que su naturaleza jurídica no es mixta en razón a que al momento de su constitución no contó con capital público y que la capitalización por parte de La Previsora, hoy Positiva S.A., se dio con posterioridad a su conformación, es importante recordar que la naturaleza jurídica de una sociedad de economía mixta se da por la participación de capital público en la misma, sin que ni siquiera interese la proporción de dicha participación, pues lo verdaderamente relevante es que se trate de dineros públicos con los cuales, como se da en el presente caso, se está prestando el servicio de seguridad social en salud. En este sentido, la sentencia C-953 de 1999 fue enfática al señalar que:

“...lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares...”

Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de “economía mixta”, pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea “del Estado” o de propiedad de “particulares” sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada “mixta”, por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución”.

1. Siguiendo esta misma línea argumentativa, el Decreto 1757 del 3 de agosto de 1994, artículo 12, numeral 1, es claro en consagrar que las alianzas o asociaciones de usuarios elegirán a sus representantes en asamblea general y que una de las instancias en las que

podrán participar será designando un representante ante la Junta Directiva de la respectiva EPS pública y mixta.

Ahora, teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, como la naturaleza jurídica de la Nueva EPS es mixta, ya que su capital social está conformado en un porcentaje del 50% menos uno con recursos públicos, se encuentra incluida dentro de la hipótesis que consagra la norma.

Con respecto a la afirmación de la accionada en el sentido de que no puede acceder a la solicitud del actor en razón a que los estatutos de dicha entidad no contemplan el evento de que la Junta Directiva sea integrada con un miembro de la asociación de usuarios, y que modificar su organización desconocería la previsión contractual y legal referente a cómo se integran las juntas directivas de las sociedades privadas anónimas, como es el caso de Nueva EPS²¹, esta Sala no comparte dicha apreciación.

Para iniciar, se evidencia lo siguiente: en el derecho de petición que obra a folio 14 del cuaderno principal, el actor realiza el siguiente cuestionamiento: “... ¿Por qué desde sus inicios y hasta la fecha, la Nueva EPS no ha conformado la Junta Directiva como debe ser?; es decir, también con un Representante de las Asociaciones de Usuarios; derecho que nos asiste con base en la Norma...” (Subraya fuera de texto)

No obstante, a folio 15, el peticionario sostiene: “...¿Por qué desde sus inicios de funcionamiento de la EPS y hasta la fecha, no se ha tenido en cuenta la participación ante la Junta Directiva de Nueva EPS de un Representante de las Asociaciones de Usuarios...?”

Frente a los dos escritos citados, la respuesta de la entidad se limita a afirmar que no puede modificar la integración de la Junta Directiva de la Nueva EPS. Sin embargo, de la lectura del artículo se desprende que éste consagra como uno de los escenarios de participación de los usuarios de salud en las decisiones que los afectan, su participación ante la Junta Directiva de la Nueva EPS. En este sentido la Sala considera que la accionada está realizando una interpretación errada de la norma, pues en ésta no se habla de integrar la Junta Directiva sino de que un representante de los usuarios participe ante ésta, tal y como lo solicitó el actor en el segundo derecho de petición.

5.2.4 De otro lado, la palabra “podrán” según la Nueva EPS otorga una facultad

potestativa y no un deber u obligación alguna para las EPS. Al respecto, se hace necesario recordar el contenido del artículo 12 del Decreto 1757 de 1994:

“ARTICULO 12. REPRESENTANTES DE LAS ALIANZAS DE USUARIOS O ASOCIACIONES DE USUARIOS. Las alianzas o asociaciones de usuarios elegirán sus representantes en asamblea general, y entre los elegidos de éstas si hubieren varias asociaciones o alianzas de usuarios, para períodos de dos (2) años. Para el efecto, sus instancias de participación podrán ser:

1. Un (1) representante ante la Junta Directiva de la respectiva Empresa Promotora de Salud pública y mixta.
2. Un (1) representante ante la Junta Directiva de la Institución Prestataria de Servicios de Salud de carácter hospitalario, pública y mixta.
3. Un (1) representante ante el Comité de Participación Comunitaria respectivo.
4. Un (1) representante ante el Consejo Territorial de Seguridad Social, elegido conforme a las normas que regulen la materia.
5. Dos (2) representantes ante el Comité de Etica Hospitalaria, de la respectiva Institución Prestataria de Servicios de Salud, pública o mixta” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo planteado en la parte considerativa y analizando el texto normativo, esta Corporación encuentra que el término “podrán” se encuentra planteado dentro del contexto específico de modalidades y formas de participación social en la prestación de los servicios de salud. Específicamente, el artículo integra el capítulo acerca de la participación en las instituciones del sistema de seguridad social en salud. Bajo esta perspectiva, el término podrán no está referido al cumplimiento de la disposición sino que consagra las múltiples posibilidades de participación -de carácter vinculante- y se advierte a los usuarios del sistema de seguridad social en salud acerca de cuáles pueden ser los espacios democráticos en los que se puede concretar su derecho fundamental a la participación dentro del sistema.

De tal manera que no es una potestad de la cual puedan disponer las EPS ni un favor que se le otorga a los usuarios, sino que constituye una obligación a cargo de las entidades que conforman el sistema; cabe resaltar, integra la faceta participativa del derecho a la salud, y a

la vez, desarrolla en concreto uno de los ámbitos en los cuales puede hacerse efectivo el derecho fundamental a la participación.

Es decir, contrario a lo que afirma la entidad accionada, no es una posibilidad que se le otorga a la EPS para que ponga en práctica el contenido de la disposición sino que la expresión de la norma “podrán” ofrece distintas alternativas para las alianzas o asociaciones de usuarios, quienes tienen la facultad de acudir a una o a todas las instancias de participación que la misma contempla. Por el contrario, para las entidades que conforman el sistema de salud, es obligatorio abrir los espacios de participación que señala la norma.

Agregado a lo anterior, de la disposición precedentemente transcrita, puede observarse que la única opción de participación de las alianzas o asociaciones de usuarios en las Empresas Promotoras de Salud es la que consagra el numeral primero, pues, las demás son instancias de participación ante las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), el Comité de Participación Comunitaria, el Consejo Territorial de Seguridad Social y el Comité de Ética Hospitalaria de las IPS.

En este orden de ideas, lo más importante dentro del espacio de participación que se le otorga a los usuarios del sistema de seguridad social en salud ante las juntas directivas de las EPS, en particular, de la Nueva EPS, es que esta participación produzca efectos jurídicos, lo cual también es un deber a cargo de la entidad accionada, pues, sin duda alguna, en esta disposición legal se concreta una real oportunidad de participación que debe trascender la teoría a un verdadero reconocimiento de un derecho fundamental, y esto se garantiza en la medida en que la participación de los usuarios a través de un representante ante la Junta Directiva de la Nueva EPS genere consecuencias y tenga la potencialidad de incidir en la transformación de realidades en este escenario específico.

1. Finalmente, como la norma consagra que dicha participación debe realizarse a través de un representante de los usuarios de la respectiva EPS, en este caso debe advertirse que la designación del mismo deberá realizarse en un espacio democrático y participativo en el cual se tengan en cuenta a todos los usuarios de la Nueva EPS, dentro de los cuales se encuentra el accionante, a través de sus ligas o asociaciones, pues restringirlo únicamente a aquéllos que integran la asociación de usuarios de la Regional Cauca de la entidad accionada,

vulneraría el derecho a la igualdad de los demás usuarios.

6 DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el primero (1) de noviembre de 2011 y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la participación y a la salud del señor Luis Eduardo Trujillo Solarte y de los integrantes de la Asociación de Usuarios de la EPS e IPS de la Nueva E.P.S – Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a la entidad accionada, Nueva EPS, a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que garantice el derecho a la participación ante la Junta Directiva de esa entidad de un representante de los usuarios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Para el efecto, en el término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, deberá convocar a sus usuarios y asociaciones de usuarios para que, a través de un proceso democrático, designen un representante ante su Junta Directiva. Al cabo de dicho término, deberá enviar un informe de las actividades desplegadas y del nombre del representante de los usuarios designado al juez de primera instancia, para que verifique el cumplimiento de lo ordenado por esta Corporación. También deberá enviar copia del informe a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación.

TERCERO.- INSTAR al accionante, usuario de la Nueva EPS, para que, si así lo considera, participe en el proceso de la designación de un representante de todos los usuarios ante la Junta Directiva de la entidad accionada, con el fin de hacer efectiva la orden dada en el numeral anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- COMUNICAR la presente decisión al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo para que, dentro de la órbita de sus competencias, hagan un seguimiento del

cumplimiento de esta providencia.

QUINTO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Entre otros artículos de la Constitución Política en los que puede identificarse el derecho a la participación se encuentran; 3° (soberanía popular), 20 (libertad de opinión, prensa e información), 23 (derecho de petición), 37 (derecho de reunión), 38 (derecho de asociación), 49 (participación en los servicios de salud), 74 (libre acceso a los documentos públicos), 103 (mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de la soberanía), 270 (sistemas de participación ciudadana para la vigilancia de la gestión pública) y 369 (participación de usuarios de servicios públicos). Ver sentencias T-814 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-473 de 2003 M.P. Jaime Araujo Renteria, T-127 de 2004 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13 sobre el derecho a la educación, la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humanos de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza, la Cumbre de la Tierra de

Río de Janeiro de 1992, la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo.

3 M.P. Hernando Herrera Vergara.

4 Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009).

5 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 M.P. Jaime Córdoba Triviño

8 Sentencia C-089 de 1994.

“9 Ibidem”

10 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

11 BERNAL PULIDO, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” en Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. pág. 316 y siguientes.

12 Ibídem

13 Höfling, citado en ibídem, p. 319.

14 Bernal Pulido explica: “En primer término, estas posiciones consisten en el derecho fundamental a la no eliminación de sí mismas. En segundo lugar, garantizan iusfundamentalmente la libertad del ciudadano de participar y de no participar. En esta dimensión se erigen como derechos de defensa. En tercer lugar, las posiciones democráticas pueden ser entendidas como competencias iusfundamentalmente reforzadas, es decir, como derechos fundamentales a que el Estado produzca ciertos efectos jurídicos, una vez hayan tenido lugar determinados actos [s]e participación del ciudadano en la esfera pública, y también correlativamente, el derecho fundamental a que el Estado no produzca estos efectos, cuando los actos de participación no ocurran. Por último, estas posiciones también contienen algunos derechos de prestación.” (Subraya fuera del texto) Cfr. p. 323

15 Bernal explica “Todo lo anterior significa que las facultades del concepto democrático de persona, es decir, las concreciones de la capacidad de discernimiento, también se proyectan sobre otros derechos fundamentales, distintos de los derechos de participación política en sentido estricto. <<Ningún derecho fundamental es totalmente apolítico>>, ha enfatizado Höfling”. Cfr. p. 333-334.

16 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

17 Corte Constitucional, autos 039, 041, 051, 081, 082, 083, 108, 111, 127, 129, 136, 139, 140 de 2009.

“18 Sentencia C-736 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra”

“19 Dice el artículo 155 de la mencionada Ley: ‘De la institucionalidad de la seguridad social y la administración del régimen de prima media con prestación definida. Con el fin de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones, salud y riesgos profesionales en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía, se mantendrá una participación pública en su prestación. Para el efecto, se autoriza a las entidades públicas para que se asocien entre sí o con particulares para la constitución de sociedades que administran estos riesgos o participen en el capital de existentes o para que las entidades públicas enajenen alguno o algunos de los negocios a otras entidades públicas o que los particulares inviertan o participen en el capital de las entidades públicas’”.

“20 Anteriormente, La Previsora.”

21 Ver folio 37 del cuaderno principal.