

Sentencia T-380/07

DERECHOS DEL NIÑO-Protección especial reforzada

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Carácter fundamental

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Contenido constitucionalmente protegido

DERECHO A LA SALUD-Implica acciones de conservación y de restablecimiento

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Carácter prestacional/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Protección estatal

PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN EL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Prestación sin interrupción

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Prestación sin interrupción

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Inadmisibilidad de interrupción del servicio médico

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SALUD-Protección

DERECHO A LA SALUD-Afiliación a EPS

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Prohibición de desafiliación unilateral

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Libre escogencia de entidades que prestan el servicio

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Regulación

DERECHO A LA INFORMACION EN EL SISTEMA DE SALUD-Manejo de datos

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Si hay afiliación múltiple no está autorizada para cancelar contrato automática y unilateralmente

Referencia: expediente T-1554318

Acción de tutela de José Cristóbal Ríos Rodríguez, contra la EPS del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Cundinamarca y D.C. y SaludCoop EPS - Regional Cundinamarca.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá D.C., y la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Manifiesta el accionante que en virtud de su vinculación con la compañía Interdiseños Ltda., fue afiliado a partir del 23 de agosto de 2006 con el No.8561584, al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud a través de SaludCoop EPS que el mismo eligió.

1.2. Señala que mediante escrito de fecha 30 de octubre de 2006, SaludCoop EPS le negó el servicio de urgencia que requirió para su menor hijo, argumentando que en razón a que el trabajador se encuentra afiliado simultáneamente a la EPS del Instituto de Seguros Sociales, de común acuerdo con esa entidad se decidió que el encargado de prestar el servicio solicitado era el ISS.

1.3. Sostiene que desde el mes de junio de 2005, aparece como retirado del ISS, pero esa novedad no ha sido registrada aún, causándole graves perjuicios para él y sus beneficiarios,

puesto que desde el 30 de octubre de 2006, su hijo no ha recibido atención médica, ni medicamentos, razón por la que su salud se ha ido deteriorando progresivamente.

2. Las pretensiones

El accionante solicita se protejan sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, de petición y a la seguridad social y se ordene a la EPS del Instituto de Seguros Sociales se realice de inmediato la desafiliación y se expida la correspondiente certificación. Adicionalmente, solicita que SaludCoop le preste de manera inmediata el servicio médico que requiere su hijo para un transcurrir aceptable de su vida.

3. La respuesta de las entidades demandadas

3.1. El Gerente Regional Cundinamarca de SaludCoop EPS, mediante escrito recibido ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, D.C., el día 5 de diciembre de 2006, dio respuesta a la acción de tutela, en los siguientes términos:

Afirma que en razón a que el actor se encuentra ante SaludCoop EPS en estado de RETIRADO DEFINIDO PARA OTRA EPS, y ante el ISS en condición de afiliado, y en virtud de que la multiafiliación resulta contraria a la normatividad legal vigente, ambas entidades en mesa de negociación y a través del acta P5092006 firmada el 15 de noviembre de 2006, tomaron la decisión de definir para el ISS EPS al peticionario.

Por lo anterior, y en razón a que se procedió a inactivarlo en su base de datos para solucionar así el problema de la multiafiliación que se le presentaba, es claro que SaludCoop EPS actualmente no tiene obligación ni vínculo alguno que le permita la prestación de los servicios incluidos en el POS que ofrece la entidad.

Así las cosas, considera que en tanto el accionante figure en la Base Única de Afiliados como de la EPS del Instituto de Seguros Sociales, debe hacer una nueva afiliación a SaludCoop EPS a través de traslado y con el lleno de los requisitos exigidos para la movilidad.

De otra parte, sostiene que la acción de tutela resulta improcedente toda vez que el actor cuenta con otro mecanismo judicial al cual puede acudir como es la jurisdicción laboral que es la competente para resolver el conflicto que se presenta entre las entidades de seguridad social y los afiliados, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, entidad que en virtud de

lo dispuesto en los Decretos 1222 y 1259 de 1994, le corresponde dirimir los conflictos relacionados con las preexistencias, exclusiones y periodos mínimos de cotización.

Adicionalmente, afirma que no ha existido vulneración de derecho fundamental alguno, toda vez que la conducta desplegada por la entidad que representa se encuentra ajustada a las normas que regulan la multifiliación, figura que no resulta legal dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto al estar afiliado tanto a SaludCoop como al ISS simultáneamente, se pagaría dos veces la Unidad de Pago por Capitación a las EPS por su atención, lo cual atenta contra el equilibrio financiero del Sistema. De otra parte, insiste en que la EPS accionada tampoco ha vulnerado los derechos del actor, en tanto que en ningún momento ha negado los servicios al petente pues el ISS es la entidad que los debe prestar.

Así entonces, solicita se declare improcedente la acción de tutela "...pues SaludCoop E.P.S., procederá a activar al accionante una vez sea liberada por el ISS EPS, y a su vez cumpla con todos los requisitos de ley para que proceda el ajuste del acta a favor nuestro." Como petición subsidiaria, solicita se ordene al ISS EPS que preste la atención requerida por el accionante, por ser esa la entidad ante la cual se encuentra afiliado.

3.2. El Jefe del Departamento Comercial, Seccional Cundinamarca y D.C. del Instituto de Seguros Sociales, dio respuesta a la acción de tutela mediante oficio dirigido al Juzgado de primera instancia, en el que solicitó declarar la cesación de la actuación, toda vez que la solicitud presentada por el accionante fue resuelta de fondo mediante el oficio No. DCS - 0621 - 26567 del 30 de noviembre de 2006, en el que se le indicó claramente que no autoriza el traslado a la EPS SaludCoop, por cuanto esa entidad no ha presentado la solicitud en la forma establecida por la Superintendencia Nacional de Salud y las normas que regulan la materia. Adicionalmente, le informa en dicha comunicación que las diligencias de afiliación por movilidad dentro del Sistema, no son de responsabilidad de los usuarios sino que se adelantan mediante un trámite interno entre las EPS. Por último, le indica que deberá seguir haciendo sus aportes a la EPS del ISS, la cual le prestará los servicios médicos una vez estén allí los aportes, en razón a que en su criterio el accionante no reúne el tiempo de 24 meses exigido por el artículo 16 del Decreto 047 de 2000 para solicitar el traslado de EPS, toda vez que la última inclusión de beneficiarios se efectuó el 21 de octubre de 2004, circunstancia que afecta la continuidad establecida en la norma.

4. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, D.C., mediante sentencia del 12 de diciembre de 2006, negó la tutela de los derechos fundamentales invocados, al considerar que no obstante evidenciarse que la negativa de las entidades a la prestación del servicio solicitado configura una vulneración de los derechos fundamentales pretendidos, la conducta de SaludCoop se encuentra justificada pues existen requisitos de orden interno para el traslado de una EPS a otra, sin cuyo cumplimiento no es posible proceder a su autorización, los cuales le fueron explicados debidamente al accionante.

Precisa que el solo hecho de dejar de cotizar a la EPS del ISS no faculta al usuario para inscribirse a SaludCoop EPS, pues ha debido solicitarle a dicha entidad que en desarrollo del artículo 47 del Decreto 806 de 1998, adelantara las diligencias de desafiliación de la EPS del ISS, cuyo trámite, aún siendo interno entre las EPS, corresponde ser adelantado a iniciativa del usuario.

5. Impugnación

El señor José Cristóbal Ríos Rodríguez impugnó el fallo al considerar que resulta anormal que la EPS SaludCoop, no obstante haber desafiliado al accionante y su familia al amparo de la multifiliación, haya seguido captando para sus arcas los valores correspondientes a los aportes y no haya prestado el servicio de urgencias donde estaba de por medio la vida y la salud de su menor hijo, cuya protección debe ser prioritaria. Adicionalmente, cuestiona el fallo de instancia, al considerar que aún siendo evidente la vulneración de los derechos fundamentales de su menor hijo cuya salud se deteriora cada día más, haya resuelto no resolver el fondo del asunto manifestando que el error es eminentemente operativo, desconociendo que SaludCoop EPS no le presta el servicio hasta tanto no se afilie nuevamente y la EPS del ISS tampoco se lo presta por carecer de los pagos de las cotizaciones.

6. Sentencia de Segunda Instancia

Mediante sentencia proferida el 2 de febrero de 2007, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., decidió confirmar la sentencia de tutela impugnada tras considerar que no se evidencia vulneración alguna de los derechos

fundamentales alegados, por cuanto el accionante no ha presentado a SaludCoop la solicitud de traslado o la manifestación expresa de desafiliación de la anterior EPS, con lo cual se da el fenómeno de la doble afiliación.

De otra parte, considera que el accionante no cumplía con los requisitos que establece la ley para el cambio de EPS, puesto que no había completado los 24 meses cotizados con la anterior EPS, los cuales se cuentan a partir de la inclusión del último beneficiario, lo cual se verificó el 21 de octubre de 2004, afectándose la continuidad, si se tiene en cuenta que la novedad del cambio de empleador está fechada el 23 de agosto de 2006. Por último, insiste en que no hay vulneración de derecho fundamental alguno, en tanto que el ISS ha anticipado que continuará prestando el servicio de salud del accionante.

7. Las pruebas relevantes

7.1. Fotocopia del formulario de afiliación del accionante a SaludCoop EPS. (fl.1)

7.2. Fotocopias de los formularios de “Autoliquidación de Aportes Trabajadores Dependientes”, y de las planillas de descuento de las cotizaciones cancelados a SaludCoop EPS por la empresa Interventorias y Diseños Ltda., durante los meses de septiembre y octubre de 2006. (fls. 2 a 7)

7.3. Fotocopia de la comunicación de fecha 30 de octubre de 2006, suscrita por la Gerente Regional Boyacá de SaludCoop EPS, dirigida al accionante, mediante la cual le informa que en virtud de la multifiliación la última afiliación legalmente válida es la del ISS. (fl. 9)

7.4. Fotocopia del formulario de autoliquidación de aportes, mediante el cual el empleador José Humberto Puentes Villamil, reportó el retiro laboral de su trabajador José Ríos. (fl.10)

7.5. Fotocopia de la certificación de fecha 5 de diciembre de 2006, expedida por SaludCoop EPS, en la que consta que el accionante se encuentra retirado y definido para la EPS del ISS a partir del 28 de septiembre de 2006 y se encuentran registrados como beneficiarios 3 hijos del señor José Ríos. (fl. 25)

7.6. Escrito de contestación de la acción de tutela por parte de SaludCoop EPS (fl.26)

7.7. Fotocopia del oficio DCS-0621-26567, de fecha 30 de noviembre de 2006, suscrito por el Jefe del Departamento Comercial Seccional Cundinamarca del ISS, dirigido al accionante. (fl.31)

7.8. Escrito de contestación de la acción de tutela por parte del ISS. (fl.33)

II. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

1. La competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas en precedencia.

2. El problema jurídico

También debe determinar la Corte, si las entidades vulneraron tales derechos fundamentales al considerar que debía adelantarse el trámite de traslado de EPS para el cual no cumplía los requisitos legales y no reconocer una nueva afiliación del actor.

Con el fin de resolver los asuntos presentados, la Corte (i) reiterará la jurisprudencia constitucional acerca de la protección reforzada del derecho a la salud de los niños; (ii) estudiará el derecho a la salud y a la seguridad social así como el tema de la afiliación y la desafiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y el derecho de la libre escogencia de EPS y (iii) analizará el caso concreto.

3. Protección constitucional reforzada del derecho a la salud de los menores de edad

El artículo 44 de la Constitución Política señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los de las demás personas y que algunos de los que no se entienden fundamentales para los mayores, lo serán para ellos. Así pues, la Constitución dispone que son derechos constitucionales fundamentales de los niños, y por lo tanto sujetos al amparo por vía de tutela: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Señala además, que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral,

secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Es necesario señalar que nuestra Carta no ha hecho en este sentido nada diferente que reiterar lo que los pactos y tratados internacionales han establecido. De igual manera, cabe recordar que tales instrumentos del derecho internacional han sido ratificados por la República de Colombia y, por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política.¹

Así entonces, el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños, por consiguiente, su protección por vía de tutela² es de carácter directo, sin que, como ocurre en el caso de los mayores de edad, deba probarse la violación conexa de otro derecho de rango fundamental para que proceda su amparo.

Bajo este entendido, es claro que el Estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección.

Ha dicho esta Corte que tal protección -en materia de salud- apunta a que la atención médica de los niños debe ser (más que la de ninguna otra persona) pronta, eficiente y eficaz³. En el mismo sentido, que la prestación de los servicios médicos debe ser otorgada de manera oportuna⁴.

En este orden de ideas, el precitado derecho goza de una especial protección de rango constitucional, la cual, no sólo está en cabeza de la familia y de la sociedad, sino también en todas las entidades del Estado que están en la obligación de garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir todas las necesidades de los menores de edad: "...por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, debiendo adelantar una política de especial atención hacia ellos"⁵.

4. El derecho a la salud y a la seguridad social. Afiliación y desafiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho de la libre escogencia de entidades promotoras de salud.

4.1. La Constitución Política establece los derechos irrenunciables a la seguridad social y al acceso a los servicios de salud (CP arts. 48 y 49). Estos derechos son servicios públicos de carácter obligatorio y su prestación se encuentra sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁶.

La Corte Constitucional ha sostenido en varias de sus sentencias⁷, que la seguridad social forma parte de los principios constitucionales que pretenden realizar la igualdad material y el Estado Social de Derecho. Describe su funcionamiento como un sistema mixto, pues puede ser prestado por el Estado o por los particulares, mediante delegación de aquél en las Entidades Prestadoras de Salud - EPS.

Por su parte, el derecho a la salud conlleva que todas las personas deben tener la facultad de acceder libremente a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Para la Corte, el derecho a la salud comprende la facultad de todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación. Implica por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento⁸.

Según la jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud es de carácter prestacional y por sí solo no puede ser protegido a través del mecanismo de la acción de tutela es decir que su protección por la vía del amparo constitucional no es autónoma. Sin embargo y en primer lugar, la jurisprudencia ha sostenido en reiteradas oportunidades que puede ser objeto de amparo por parte del juez de tutela cuando se encuentre estrechamente ligado con un derecho constitucional que sí ostente la naturaleza de fundamental, como sería el caso del derecho a la vida o la integridad personal. En consecuencia, corresponde al juez verificar en cada caso concreto la eventual afectación del derecho a la salud del interesado y su conexidad con los derechos a la integridad personal o a la vida.

En segundo lugar y por sobretodo, como ya se anotó en el apartado 3. de esta providencia, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, son derechos constitucionales fundamentales que prevalecen sobre los derechos de los demás que deben tutelarse, como

una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, lo que significa que los menores, tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta.⁹ Aplicando esos criterios y en cumplimiento de su función de protección de los derechos constitucionales fundamentales de los niños, la Corte ha considerado que el amparo constitucional por vía de tutela en materia de salud, es procedente como una obligación del Estado y el juez constitucional debe ser consciente que esa protección es imperativa, pues unas instancias de poder que los desconocen, acompañadas con unos jueces que se desentienden de su protección constitucional cuando ella es procedente, no generan ninguna expectativa de futuro. De esta modo, esta Sala reitera la concepción según la cual, “Del niño que hoy es desprovisto de sus derechos fundamentales no cabe esperar el ser integral y libre del mañana”.¹⁰

Según el principio de eficiencia, que es inherente a la prestación de los servicios públicos (art. 365 de la C.P.)¹¹, el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación de manera continua y eficiente del servicio. De la mencionada obligación se deriva el principio de continuidad que supone la imposibilidad de su interrupción, a menos que exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales.¹² Al respecto, en la Sentencia T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación anotó que: “Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales...”.

La Corte ha considerado que la continuidad en la prestación de los servicios públicos se justifica en tanto garantiza también el postulado de la buena fé. Al respecto, ha sostenido: “La continuidad del servicio se protege no solamente por el principio de eficiencia. También por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P. : ‘las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fé’. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado”¹³.

Respecto de la salud y la seguridad social la jurisprudencia ha precisado que la continuidad en su prestación garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus

garantías fundamentales.

Así en la sentencia C-800 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte señaló que una E.P.S. no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, ni siquiera invocando las siguientes razones: “(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”. (Resaltado fuera del texto).¹⁴

De esta manera, quienes están en la obligación de prestar el servicio no pueden incurrir en conductas u omisiones que comprometan esa continuidad¹⁵. Como ha explicado la Corte, “una vez alguien entra al Sistema tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo”¹⁶.

En efecto, el artículo 183 de la Ley 100 de 1993 establece la prohibición para las Entidades Promotoras de Salud de terminar, en forma unilateral, la relación contractual con sus afiliados¹⁷. No obstante dicha prohibición no puede entenderse de manera absoluta, pues las E.P.S. deben actuar sobre la base de la permanencia de un trabajador en el empleo y en el sistema, salvo como lo dispone la norma, que el empleador informe que esta situación ha cambiado o que se identifique un error en la información o un fraude.

En virtud del principio de universalidad, debe existir una cobertura obligatoria en seguridad social para todos los habitantes del país. Así mismo, es un deber constitucional impuesto al Estado, asegurar el acceso de todas las personas a los servicios de salud de manera integral, estructurado bajo el Sistema General de Seguridad Social en Salud, organizado bajo el principio de solidaridad, en dos regímenes (contributivo y subsidiado), dependiendo de la capacidad económica de los usuarios del servicio. Por ello, el artículo 49 de la C.N. estableció como garantía en favor de todas las personas, la posibilidad de acceder libremente a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

4.2. La afiliación permite hacer efectivo el principio de universalidad que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este orden de ideas, la afiliación de las personas al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de uno de los dos regímenes –contributivo o subsidiado- es obligatoria¹⁸. De un lado, la afiliación es una obligación de las E.P.S. de acuerdo con el numeral 3 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 183 que prohíbe a las E.P.S. negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando asegure el pago de la cotización o del subsidio correspondiente. De otro lado, la afiliación constituye un derecho en cabeza de cualquier persona, exigible ante la E.P.S. de su elección, dentro de los parámetros legales y reglamentarios¹⁹.

El Decreto 806 de 1998, establece cuáles son las reglas generales de afiliación. Según esta normatividad, la afiliación podrá ser individual o colectiva (art. 42), los afiliados deben contar con carné de afiliación (art. 44), existe libertad de elección por parte del afiliado (art. 45), y establece los efectos de la afiliación (art. 47). De manera complementaria, el Decreto 1703 de 2002 “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, modificado por el Decreto 2400 de 2002, establece los documentos que se deben aportar a la solicitud de afiliación para acreditar ante la E.P.S. respectiva, las condiciones legales del cotizante y de los miembros del grupo familiar que serán inscritos en el Sistema en calidad de beneficiarios (Art. 3).

4.3. Por otra parte, la desafiliación de las personas beneficiarias de los servicios de salud es una situación en la cual un usuario deja de recibir los servicios del sistema general de seguridad social en salud²⁰. En este contexto, con el objeto de salvaguardar el equilibrio del Sistema de Seguridad Social en Salud y el cumplimiento de los fines constitucionales para los cuales fue establecido, el retiro de un afiliado a éste es una facultad regulada legalmente y por ende, las empresas deben actuar con arreglo a los requisitos y eventos consagrados en la ley con el fin de determinar legítimamente la desafiliación de sus usuarios.

El artículo 10° del Decreto 1703 de 2002, establece las causales de desafiliación en los siguientes términos:

“Artículo 10 del Decreto 1703 de 2002, modificado por el artículo 2° del Decreto 2400 de 2002 - : Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos:

a) Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no

pago de las cotizaciones o del no pago de la UPC adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud;

b) Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la entidad promotora de salud, EPS, a través del reporte de novedades que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al Régimen Contributivo como independiente; la novedad de retiro informada a través del formulario de autoliquidación hace presumir la pérdida de capacidad de pago del trabajador retirado;

c) Cuando el trabajador independiente pierde su capacidad de pago e informa a la entidad promotora de salud, EPS, tal situación, a través del reporte de novedades o en el formulario de autoliquidación;

d) Para los afiliados beneficiarios, cuando transcurran tres meses de suspensión y no se entreguen los soportes de la afiliación requeridos por la entidad promotora de salud, EPS, en los términos establecidos en el presente decreto;

e) En caso de fallecimiento del cotizante, también se producirá la desafiliación de sus beneficiarios, salvo que exista otro cotizante en el grupo familiar, caso en el cual quedará como cabeza de grupo;

f) Cuando la Entidad Promotora compruebe la existencia de un hecho extintivo de la calidad de afiliado, cuya novedad no haya sido reportada;

g) Cuando la Superintendencia Nacional de Salud defina quejas o controversias de multifiliación;

h) En los demás casos previstos en el Decreto 1485 de 1994 artículo 14 numeral 7.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades promotoras de salud, EPS, presentarán semestralmente informes consolidados a la Superintendencia Nacional de Salud sobre los casos de desafiliación.

PARÁGRAFO 2o. En el evento de que la persona desafiliada adquiera capacidad de pago antes que opere la pérdida de antigüedad, debe reingresar a la misma EPS a la cual se encontraba afiliado, cuando no cumpla con los requisitos para ejercer el derecho a la

movilidad. Será suficiente el reporte de novedades para efectuar su reafiliación.

Cuando se presente desafiliación por mora en el pago de aportes, la persona deberá afiliarse, nuevamente a la EPS en la cual se encontraba vinculado y pagar la totalidad de los aportes adeudados al Sistema con sus intereses correspondientes. La EPS podrá compensar por los periodos en los cuales la afiliación estuvo suspendida (3 meses) y girará sin derecho a compensar los demás aportes.

PARÁGRAFO 3o. En los casos a que se refieren los literales g) y h), la EPS deberá enviar en forma previa al afiliado una comunicación en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 1703 de 2002.”

La decisión de desafiliación debe ser adoptada una vez se haya seguido el procedimiento a que se refiere el artículo 11 del mencionado decreto. El contenido de esta disposición es el siguiente:

“Artículo 11 del Decreto 1703 de 2002: Procedimiento para la desafiliación. Para efectos de la desafiliación, la entidad promotora de salud, EPS, deberá enviar de manera previa a la última dirección del afiliado, con una antelación no menor a un (1) mes, una comunicación por correo certificado en la cual se precisen las razones que motivan la decisión, indicándole la fecha a partir de la cual se hará efectiva la medida. En caso de mora, copia de la comunicación deberá enviarse al empleador o la entidad pagadora de pensiones.

Antes de la fecha en que se haga efectiva la desafiliación, el aportante podrá acreditar o efectuar el pago de los aportes en mora o entregar la documentación que acredite la continuidad del derecho de permanencia de los beneficiarios. En este evento, se restablecerá la prestación de servicios de salud y habrá lugar a efectuar la compensación por los períodos en que la afiliación estuvo suspendida.

Una vez desafiliado el cotizante y sus beneficiarios, el empleador o la administradora de pensiones para efectos de afiliar nuevamente a sus trabajadores y pensionados, deberán pagar las cotizaciones en mora a la entidad promotora de salud, EPS, a la cual se encontraba afiliado. En este caso el afiliado y su grupo familiar perderán el derecho a la antigüedad. A partir del mes en que se efectúen los pagos se empezará a contabilizar el período mínimo de cotización y la entidad promotora de salud, EPS, tendrá derecho a efectuar las

compensaciones que resulten procedentes.

En caso de controversias, la Superintendencia Nacional de Salud procederá en los términos previstos en el artículo 77 del Decreto 806 de 1998.”

En este orden de ideas, se concluye que las decisiones de las E.P.S. de suspender la prestación del servicio de salud o desafiliar a una persona del Sistema no pueden adoptarse de manera unilateral y caprichosa, pues siempre habrá de garantizarse el debido proceso a los afiliados.

4.4. Dentro de los principios rectores que orientan el SGSSS, se destaca también el de la libre escogencia, consagrado en el numeral 4° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, que se ejerce por el usuario de acuerdo con las condiciones de oferta de servicio de las EPS.

De igual forma, en los artículos 156 y 159 de la Ley 100 de 1993 se indica que el citado principio es una de las características básicas del SGSSS que permite a los afiliados la elección libre de Entidad Promotora de Salud y una garantía que tienen los afiliados con relación a la debida organización y prestación del servicio público de salud. Así entonces, el principio de “libre escogencia”, además de ser una de las reglas del servicio público de salud, rector del SGSSS, es una característica y garantía de los afiliados.

En este mismo sentido, el artículo 45 del Decreto 806 de 1998 señala que la “afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud, EPS, en los regímenes contributivo y subsidiado, es libre y voluntaria por parte del afiliado. Por consiguiente, el cambio de EPS no sólo se autoriza sino que se garantiza legalmente.”

El derecho a la “libre escogencia” ha sido objeto de una regulación jurídica que impone el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos para que pueda ejercerse en forma razonable.

El artículo 14 del Decreto 1485 de 199421 consagra en el numeral 4°, que el derecho a la libre escogencia es la “facultad que tiene un afiliado de escoger entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio”.

Sin embargo, la norma citada establece dos condicionamientos al derecho de “libre

escogencia". En primer lugar, el inciso 2° del numeral 4° dispone que los afiliados al SGSSS podrán hacer uso de su derecho a la "libre escogencia" "una vez por año, contado a partir de la fecha de vinculación de la persona, salvo cuando se presenten casos de mala prestación o suspensión del servicio".

En segundo lugar, el numeral 9° impone otra limitación al derecho de "libre escogencia", consistente en la obligación de "permanecer, salvo mala prestación del servicio, por lo menos dos años después de culminado el tratamiento en la respectiva Entidad Promotora de Salud", cuando el afiliado este siendo objeto de un tratamiento catalogado como de alto costo.

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 1406 de 199922 consagra que el traslado entre Entidades Administradoras está sujeto al cumplimiento de los "requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras que establecen las normas que reglamentan el Sistema".

En consecuencia, por fuera de los requisitos previstos en la citada normatividad, no pueden imponerse limitaciones al ejercicio del derecho de "libre escogencia", en el entendido, además, que las citadas condiciones sólo pueden ser exigibles por parte de las EPS y ARS cuando se garantice al usuario una eficiente y adecuada prestación del servicio. Por tanto, "dichas entidades no están en capacidad de desarrollar conductas o adelantar políticas encaminadas a impedir, restringir o condicionar la voluntad de los usuarios del SGSSS que deseen trasladarse a otra EPS o A.R.S.²⁴ pues tal comportamiento haría nugatoria la prerrogativa garantizada por la ley y amparada por la Constitución Política"²⁵.

5. El caso concreto

Con fundamento en las anteriores consideraciones generales entra esta Sala de Revisión a determinar, desde el punto de vista de la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el actor, la decisión adoptada por SaludCoop EPS, en el sentido de negar la prestación del servicio de salud a un menor de edad y proceder a la cancelación de la afiliación del cotizante argumentando para ello haberse generado la figura de la multifiliación, así como la conducta asumida por la EPS del Instituto de Seguros Sociales - ISS, al considerar que el asunto planteado es de movilidad o traslado de EPS, el cual niega por no cumplir los requisitos para ello, no obstante que desde el mes de junio de 2005 el

accionante reportó la novedad de su retiro con el anterior patrón.

5.1. Revisados los documentos que obran en el expediente, la Sala encuentra lo siguiente:

- A folio 1 del expediente se observa que el señor José Cristóbal Ríos Rodríguez, radicó su afiliación a SaludCoop EPS el 23 de agosto de 2006, por haber ingresado a laborar con la compañía Interdiseños Ltda.

- A folios 2 a 7, se encuentran fotocopias de las planillas de liquidación de los aportes descontados al actor durante los meses de septiembre y octubre de 2006 por la empresa Interventorias y Diseños Ltda., así como de los formularios de autoliquidación, mediante los cuales la empresa consignó tales aportes a SaludCoop EPS.

- A folio 10, reposa fotocopia del formulario de autoliquidación mensual de aportes, correspondiente al mes de junio de 2005, mediante el cual el empleador Jorge Humberto Puentes Villamil, reportó al Seguro Social la novedad del retiro de su trabajador José Ríos.

- De conformidad con los hechos relacionados en la demanda de tutela, el actor sostiene que el día 30 de octubre de 2006, solicitó los servicios de urgencia para su menor hijo en una IPS de SaludCoop, la cual fue negada en razón de una afiliación simultánea con el ISS.

- A folio 9, obra fotocopia de la comunicación de fecha 30 de octubre de 2006, por medio de la cual la Gerente Regional Boyacá de SaludCoop EPS, le informó al accionante que en virtud de la multifiliación y en cumplimiento de mandatos legales se procedió así:

“...se estableció que la última afiliación legalmente válida será la de la otra EPS.

Lo anterior significa que, todas las cotizaciones a nombre de las personas en mención, deben ser canceladas a la EPS encargada del servicio para cada uno de los usuarios, y por consiguiente será esa entidad responsable de garantizar la prestación de los servicios de salud.

Concedores del agrado que usted siente de pertenecer a nuestra EPS, queremos manifestarle que usted y los suyos podrán disfrutar nuevamente de los beneficios que le venía ofreciendo SaludCoop, una vez solicite su traslado de EPS y el mismo será aprobado por la respectiva, lo cual solamente requiere de diligenciamiento de un nuevo formulario de

afiliación en SALUDCOOP EPS, y nosotros realizaremos los de más trámites necesarios.”

- A folio 26, se encuentra el memorial de contestación de la acción de tutela por parte de SaludCoop EPS, en la que afirma en relación con la cancelación de la afiliación del accionante lo siguiente:

“...No obstante también se encontraba afiliada (sic) al ISS, situación que resulta contraria a la normatividad legal vigente sobre la materia, según se explicará más adelante.

c) Para solucionar el inconveniente se reunieron tanto SaludCoop EPS como el ISS EPS, en mesa de negociación en donde a través de acta P5092006 firmada el quince de noviembre de 2006, el accionante quedó definido para el el (sic) ISS EPS.

c) Por lo anterior inmediatamente procedimos a inactivarlo en nuestra base de datos para que así se solucionara el problema de multifiliación presentado por la usuaria.

d) Es claro, entonces que Saludcoop EPS actualmente no tiene obligación ni vínculo alguno que le permita la prestación del servicio al señor José Cristóbal Rios Rodríguez, que ofrece el Plan Obligatorio de Salud en nuestra entidad.

e) Así mismo, en la Base Unica de Afiliados (BDUA) está cargado para el ISS EPS por lo tanto no procede la solicitud de ajuste, por tal motivo el accionante se debe afiliar nuevamente a SaludCoop EPS, para solicitar nuevamente el traslado si cumple con los requisitos de aprobación de la movilidad, procederemos a prestarle los servicios a través de nuestra Entidad”.

- A folio 31, se encuentra fotocopia del oficio DCS-0621-26567, de fecha 30 de noviembre de 2006, mediante el cual el Jefe del Departamento Comercial Seccional Cundinamarca del ISS, le informó al accionante lo siguiente:

“En atención a su comunicado, comedidamente le informamos que consultadas las bases de datos del Seguro Social se logró establecer que el usuario en referencia presenta retiro laboral con el empleador PUENTES VILLAMIL JORGE a ciclo 2005/06. Se anexa certificación.

Se informa que la anterior certificación no es válida para traslado entre administradoras en el régimen contributivo.

Al respecto de movilidad entre EPS se hace necesario informarles que según lo reglamentado en la circular 035 del 10 de julio de 2000, expedida por la Superintendencia de Salud y con base en los decretos 806 de 1998, 1406 de 1999, 047 de 2000 y 1703 de 2002, las diligencias de afiliación por movilidad dentro del Sistema (entre las EPS y el Seguro Social u otra entidad incluidos los Regímenes de excepción) deben tramitarse internamente entre ellas, y que dicha obligación no debe trasladarse a los usuarios afectados. Así mismo, esa gestión no puede, bajo ninguna circunstancia, afectar la prestación de servicios cuando el afiliado se encuentra al día en los pagos de aportes.

“En conclusión, la EPS SALUDCOOP no ha presentado solicitud de traslado, como lo indica el procedimiento establecido por la Superintendencia Nacional de Salud, y los Decretos reglamentarios, por tanto, debe iniciar el trámite efectuando la afiliación en la entidad Prestadora de Salud y esta a su vez es la encargada de solicitar su traslado ante la EPS SEGURO SOCIAL.

Por otro lado el Artículo 047 de 200 (sic); según el cual es obligatorio cotizar veinticuatro (24) meses con los respectivos pagos continuos en la anterior EPS, a partir de la inclusión del último beneficiario, como requisito para cambio de entidad promotora de Salud. Consultado el archivo de los afiliados, se encontró que los beneficiarios CECILIA FAJARDO AVILA CC. 5285638, FARID LEONARDO RIOS FAJARDO 30699458 RC, DIEGO ANDRES RIOS FAJARDO 2928679 RC, respectivamente, registran fecha de vinculación a la EPS Seguros (sic) Social 21/10/2004, situación que afecta la continuidad establecida en el artículo en mención.

En conclusión el señor CRISTÓBAL RIOS deberá seguir haciendo sus aportes a la EPS ISS, la cual le prestará los servicios médicos, a grupo familiar, es importante aclarar que los aportes deben estar en esta EPS para acceder a los servicios requeridos”.

- A folio 33, el representante del ISS reitera enfáticamente ante el Juzgado de conocimiento de la acción de tutela, que no autoriza el traslado a la EPS SaludCoop formulado por el accionante, por cuanto “...dicha entidad No ha presentado solicitud de Traslado en la forma establecida por la Superintendencia Nacional de Salud, Decreto 806 de 1998, Decreto 047 de 2000.”

5.2. De conformidad con las anteriores pruebas esta Sala de Revisión destaca lo siguiente:

El accionante estuvo afiliado a SaludCoop EPS, por espacio de un poco más de 2 meses comprendidos entre el 23 de agosto de 2006 y el 30 de octubre del mismo año, periodo dentro del cual él y su patrono cumplieron con la obligación de pagar los aportes a SaludCoop.

Si bien, el reporte al ISS de la novedad de su retiro laboral con el antiguo patrón se efectuó desde junio de 2005, pese a que el ISS acepta tal hecho (fl.31), no hay constancia en el expediente que esa entidad haya efectuado el trámite legal de desafiliación y actualización en la base de datos.

Por el contrario, el Seguro Social no solo lo mantiene cargado en la Base Unica de Afiliados, sino que además considera que se trata de un asunto relacionado con un traslado de EPS, el cual niega por cuanto en su criterio no cumple con el tiempo establecido en la ley para la movilidad dentro del Sistema y además por considerar que SaludCoop es la que debe solicitarle el traslado.

5.3 Esta Sala advierte de una parte, que en el presente caso, no era procedente la desafiliación automática del actor realizada por SaludCoop EPS, ni mucho menos el traslado de EPS, toda vez que para la fecha en que el señor José Cristóbal Ríos Rodríguez fue afiliado a dicha EPS, este ya no pertenecía al ISS.

En efecto, dado que desde el mes de junio de 2005, el antiguo empleador del accionante reportó en debida forma al ISS, a través del formato de autoliquidación de aportes el retiro laboral del señor Rodríguez, la entidad ha debido con base en el procedimiento establecido en la norma - artículo 11 de decreto 1703 de 2002 -, proceder a su desafiliación en lugar de continuar manteniéndolo en su base de datos con una condición de afiliado que no ostenta.

Es evidente entonces, que la doble afiliación se originó en la omisión de un trámite que correspondía adelantar en su oportunidad al ISS, el cual desconoció, al no tramitar la desafiliación y considerar erradamente que se trataba de un caso de movilidad o solicitud de traslado por parte del actor, figura que no era procedente en virtud del reporte de novedad del año 2005 y el hecho de que por tal motivo, el actor dejó de realizar sus cotizaciones al ISS por espacio de un poco más de un año, lo que desde luego no le generó mora en el pago,

pero si la pérdida de la antigüedad, circunstancia que le permitía afiliarse a una nueva EPS en ejercicio de su derecho a la libre elección.

Adicionalmente, considera esta Sala que la conducta omisiva del ISS en cuanto al trámite de la desafiliación, constituye una vulneración del derecho al Hábeas Data, (Art. 15 C.P.) del accionante, pues la entidad incumplió las obligaciones relacionadas con la administración de datos personales, al mantener durante más de un año un registro que no correspondía a la situación real del demandante a pesar de saberlo claramente, afectando con ello la afiliación al sistema de seguridad en salud del demandante, lo cual condujo a la negación de los derechos a la salud que resulta especialmente gravoso por tratarse de una persona que por su condición de menor de edad merece una protección reforzada de conformidad con lo expuesto en forma precedente.

En la sentencia T-486 de 200326, la Corte Constitucional consideró, desde la perspectiva del régimen de salud, que: "...de la calidad de la información contenida en las bases, depende que los servicios a favor de los cotizantes y beneficiarios sean suministrados de forma oportuna y adecuada. Son comunes los casos en que, por inconsistencias sobre datos tales como fechas de afiliación, novedades de retiro de empleados, pago de cotizaciones, etc., se priva a los usuarios de la debida atención en salud o del suministro de otras prestaciones relacionadas con la seguridad social, como las pensiones, lo que, por lo general, involucra la amenaza de derechos fundamentales".

Por lo anterior, se concluye que en el presente caso, es claro que el ISS con su poder informático, de forma ilegítima afectó la autonomía del actor, el derecho a acceder al sistema de seguridad social y por esa vía, la garantía de protección de sus derechos fundamentales.

5.4 De otra parte, a juicio de esta Sala la decisión de SaludCoop EPS de cancelar la afiliación del señor José Cristóbal Ríos Rodríguez, fue unilateral y restrictiva de la debida protección de los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho de defensa que se deben garantizar a los afiliados al Sistema General de Salud y Seguridad Social, además de que contraviene lo dispuesto en el artículo 183 de la Ley 100 de 1993 que establece expresamente la prohibición para las EPS de terminar, en forma unilateral, la relación contractual con sus afiliados.

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que las normas que reglamentan la

multiafiliación, si bien determinan la necesidad de seguir un procedimiento que incluye la comprobación de los hechos, que en este caso no se dió, en manera alguna autorizan a la EPS para cancelar el contrato automática y unilateralmente.

Es así como, los artículos 4827, 4928 y 5029 del Decreto 806 de 1998, establecen las reglas que deben ser seguidas por las Empresas Promotoras de Salud (EPS) en los casos en que se presente la multiplicidad de afiliaciones, puesto que una persona no puede estar afiliada más de una vez al Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que ello generaría distorsiones en la sostenibilidad económica del mismo³⁰.

Del análisis de tales normas, tal y como se destacó en la sentencia T-1313 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, surgen varias consecuencias jurídicas: (i) la afiliación múltiple no constituye causal de cancelación automática ni unilateral de la afiliación; (ii) las reglas previstas en el artículo 50 son indicativas de situaciones que las Entidades Promotoras de Salud deben precisar para así proceder conforme a la solución establecida en la misma norma; (iii) no existe en la reglamentación del Sistema de Seguridad Social en Salud un procedimiento establecido para que las Empresas Promotoras de Salud cancelen la afiliación de quien se encuentra vinculado a múltiples empresas.

Así entonces, en el presente caso, no advierte la Sala razón para que de común acuerdo y en forma unilateral, las entidades demandadas hubieran establecido que, de una parte el Seguro Social EPS continuaría a cargo de la afiliación del demandante, y de otra, SaludCoop hubiere cancelado la afiliación, toda vez que: (i) no existe regulación expresa para que en aras de resolver un multiafiliación se aplique tal procedimiento; (ii) la pretendida duplicidad de afiliaciones se fundamenta en el desconocimiento de un trámite que le correspondía adelantar el ISS; (iii) debía prevalecer la última afiliación realizada en debida forma, es decir, en el caso concreto, la efectuada por el accionante en aplicación del principio de la libre escogencia a SaludCoop EPS, obrando con la confianza legítima de que la afiliación que tenía con el ISS, había terminado en el año 2005, es decir un año y dos meses antes de su nueva afiliación, por terminación de su relación laboral anterior reportada oportunamente a la entidad; y además, (iv) la cancelación de la afiliación nunca fue consultada con el demandante.

En este sentido, considera la Sala que SaludCoop EPS al negar la prestación del servicio de

salud requerido de urgencia por el menor, vulneró sus derechos fundamentales que gozan de prevalencia constitucional y exigen de las Entidades Prestadoras de Salud una especial protección a este tipo de personas que por su condición se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en tanto que no le era dable dejar de prestar el servicio que requería para garantizar su vida y su salud en condiciones dignas, amparada en un acto suyo arbitrario y unilateral como fue la determinación de la multiafiliación acordada de común acuerdo con el ISS y la cancelación de la afiliación, con el cual además desconoció los derechos al debido proceso y el derecho a la defensa del accionante.

Es de anotar que, si bien en el expediente respecto de la afectación de la salud del menor, su edad, la enfermedad que originó la solicitud de atención de urgencias, los medicamentos que ha requerido y el grado de afectación por la falta de atención médica, solamente obra la declaración del accionante en su escrito de demanda, en el que por demás afirma claramente que "...hasta la presente mi menor hijo no ha recibido atención médica por parte de la EPS SALUDCOOP ni mucho menos medicamento alguno por parte de la misma y esto ha provocado un deterioro progresivo de la salud del menor...", en aplicación del principio de la buena fé, que de conformidad con lo establecido en el artículo 83 de la Constitución Política, se predica de las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas y de acuerdo con la presunción de veracidad que consagra el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, y dado que las entidades accionadas no controvertieron estas afirmaciones durante el trámite de la acción de tutela, la Corte las toma por ciertas.

5.5. Como consecuencia de las anteriores consideraciones, tanto las de carácter general como las correspondientes al caso sub-examine, la Sala revocará la Sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., y en su lugar concederá la tutela de los derechos fundamentales del señor José Cristóbal Ríos Rodríguez y su menor hijo como beneficiario registrado y, en consecuencia, ordenará a SaludCoop EPS que de forma inmediata deje sin efectos la decisión de desafiliar al accionante y su grupo de beneficiarios y continúe a cargo de su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el momento de la afiliación a SaludCoop EPS, garantizándoles los servicios de salud que necesiten y respetándoles la antigüedad en el Sistema de Salud. Así mismo ordenará a la EPS del Instituto de Seguros Sociales proceda a desvincular de dicha entidad al señor José Cristóbal Ríos Rodríguez, expida la certificación en que conste esa situación con destino a SaludCoop EPS y actualice la base de datos que

reposa en la entidad.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

Primero. REVOCAR la decisión adoptada el 2 de febrero de 2007, por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., mediante la cual se confirmó el fallo proferido el 12 de diciembre de 2006, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, D.C., que a su vez denegó el amparo solicitado por el señor José Cristóbal Ríos Rodríguez, dentro del trámite de la acción instaurada contra la EPS del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Cundinamarca y SaludCoop EPS.

Segundo. CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social en conexidad con el de la vida digna de los menores, al debido proceso y derecho de defensa al señor José Cristóbal Ríos Rodríguez.

Tercero. En consecuencia, ORDENAR a SaludCoop EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, deje sin efectos la decisión de desafiliar al accionante y su grupo de beneficiarios y continúe a cargo de su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el momento de su afiliación a SaludCoop EPS, garantizándoles los servicios de salud que necesiten y respetándoles la antigüedad en el Sistema de Salud.

Cuarto. ORDENAR al Instituto de Seguro Social EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a desvincular de dicha entidad al señor José Cristóbal Ríos Rodríguez, expida la certificación en que conste esa situación con destino a SaludCoop EPS y actualice la base de datos que reposa en su entidad, sin perjuicio de los servicios de salud que deba prestar Saludcoop EPS a José Cristóbal Ríos Rodríguez y sus beneficiarios afiliados.

Quinto. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La prevalencia de los derechos de los niños está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció: Principio 6: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y , en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.” De igual manera la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto 94 de 1992, consagró: “Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.” En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977 en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. En especial, frente al tema del derecho a la salud del menor, el artículo 24 de la Convención sobre los derechos del niño, reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de

este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud". En este sentido, ver sentencias T-165 de 2004 , M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-350 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

2 Ver Sentencias T- 530 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería, T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-972 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

3 Sentencia T-695 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 Ver entre otras T-405 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 Ver Sentencia T-1008 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

6 Sobre los principios que sostienen el sistema de seguridad social pueden consultarse las sentencias T-537 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-617 de 2003, Rodrigo Escobar Gil.

7 Ver entre otras la Sentencia SU-562 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, reiterada entre otras en la Sentencia T-802 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

8 Sentencia T-995 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

9 En Sentencia SU-043 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional revocó el fallo proferido por el Juez Sexto Laboral del Circuito de Medellín, en el que negó la tutela interpuesta por una accionante con el fin de solicitar que se protegiera el derecho a la salud de su hija menor de edad, quien sufría de esclerosis tuberosa o enfermedad de Bounerille, y de la enfermedad renal quística con diagnóstico de incurable. La Corte concedió la tutela interpuesta por considerar que si bien los reglamentos sobre la materia conducirían a negar la acción interpuesta, debía atenderse en dicho caso a las prescripciones contenidas en la Carta Política. En este orden de ideas, y en razón al texto de la Carta Política, la Corte dio lugar a una expansión de la cobertura de la seguridad social más allá de lo prescrito por la reglamentación administrativa, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la hija menor de edad de la accionante.

10 Ver Sentencia T-1265 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

11 El artículo 365 de la Constitución Política establece: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

12 Sentencia T-537 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

13 Sentencia T- 993 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 Ver Sentencia T-978 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

16 Ver Sentencias C-800 de 2003 y T-537 de 2004, ya citadas.

17 El artículo 83 de la Ley 100 de 1993 dispone: “Prohibiciones para las entidades promotoras de salud. Las Entidades Promotoras de Salud no podrían, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. (...)”.

18 Artículo 25 del Decreto 806 de 1998.

19 Según la sentencia T-731 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, “Las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. son empresas de carácter público o privado, encargadas por la Ley 100 de 1993, junto con las Entidades Adaptadas de Salud E.A.S., de la administración del régimen contributivo del sistema de salud, para lo cual les han sido asignadas las funciones de afiliación, carnetización, recaudo de las cotizaciones obligatorias - por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA -, administración de los recursos y prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S. del régimen contributivo, de manera directa o indirecta (artículo 177 de la Ley 100 de 1993)”.

20 La desafiliación de usuarios esta regulada por algunas disposiciones de la Ley 100 de 1993, y los Decretos 806 de 1998, 1703 de 2002 y 2400 de 2002, “Por el cual se modifica el Decreto 1703 de 2002”.

21 “De la regulación de la libre escogencia en Entidades Promotoras e Instituciones Prestadoras”.

22 “Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”.

23 “Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”.

24 El artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, es muy claro al señalar como prácticas no autorizadas para las EPS., aquellas que afecten la libre escogencia del afiliado, como la implementación de procedimientos o mecanismos de discriminación; por causa del estado previo, actual o potencial de salud del usuario; por no prestar los servicios de salud o negar la afiliación del particular aún cuando éste asegure el pago de las cotizaciones o subsidios .

25 Sentencia T-011 de 2004, M.P.Rodrigo Escobar Gil.

26 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

27 El artículo 48 del Decreto 806 de 1998 prescribe: “AFILIACIONES MÚLTIPLES. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado, ni estar afiliada en más de una Entidad Promotora de Salud, ostentando simultáneamente alguna de las siguientes calidades: cotizante, beneficiario y/o cotizante y beneficiario.”

28 El artículo 49 del Decreto 806 de 1998 establece: “REPORTE DE AFILIACIÓN MÚLTIPLE. Cuando las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las adaptadas mediante cruce de información o por cualquier otro medio, establezcan que una persona se encuentra afiliada en más de una entidad, deberán cancelar una o varias afiliaciones, dando aplicación a las reglas establecidas para tal efecto en el artículo siguiente, previo aviso al afiliado.”

29 El artículo 50 del citado Decreto 806, establece: REGLAS PARA LA CANCELACIÓN DE LA AFILIACIÓN MÚLTIPLE. Para efecto de cancelar la afiliación múltiple, las Entidades Promotoras de Salud y las adaptadas aplicarán las siguientes reglas: //Cuando el afiliado cambie de

Entidad Promotora de Salud antes de los términos previstos en el presente Decreto, será válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales. Las demás afiliaciones no serán válidas. // Cuando la doble afiliación obedezca a un error no imputable al afiliado, quien solicitó su traslado, dentro de los términos legales, se tendrá como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó. // Cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado.”

30 Ver al respecto las sentencias T-1313 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, y C-800 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.