

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL-Principios y normatividad aplicables

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL-Beneficiarios

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participantes afiliados y vinculados

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Competencia de sus entidades intervintentes

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Prevalencia

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Menor afiliado que no se encuentra registrado en la base de datos/REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Error operativo de la ARS y la Secretaría de Salud no puede surtir efectos negativos en el menor

En seguimiento del principio de primacía de la realidad sobre la forma, la Corte encuentra que el menor no obstante no aparecer en la base de datos de la Secretaría de Salud Distrital, se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud, prueba de lo cual es la carnetización que a su nombre se realizó. Así, si bien puede ser cierto que la Secretaría de Salud Distrital procedió a suprimir de la base de datos al accionante por cuanto la ARS no notificó la respectiva carnetización, dicha falta de coordinación funcional entre las entidades señaladas no puede surtir efectos negativos en el menor quien, tras cumplir con las obligaciones propias de ley para ser parte del sistema, confió legítimamente en que el carné que le fue

expedido lo certificaba como afiliado al régimen de salud, categoría de la cual se desprenden los beneficios de atención que pretendía hacer valer. El error operativo de la ARS y la Secretaría de Salud Distrital no puede generar efectos de tal entidad que priven de la calidad de afiliado a una persona que ha surtido el trámite del régimen subsidiado para acceder a las prerrogativas que emanan de dicha calidad, menos aún cuando se trata de un menor, como en el presente caso, que requiere con urgencia la atención médica deprecada para la recuperación oportuna de su salud visual y ortopédica.

SECRETARIA DE SALUD DEL DISTRITO-Incorporación del menor a la base de datos de la ARS, para su atención en salud

El hecho de que el Distrito contrate con las Administradoras del Régimen Subsidiado la prestación de la atención médica no la exime de responsabilidad y no traslada a la órbita de las relaciones meramente contractuales los conflictos que se susciten entre usuarios y ARS, por lo que, bajo los hechos propios de la presente acción de tutela, la Secretaría de Salud Distrital debe desplegar las actuaciones pertinentes para que el acceso al servicio público de salud sea real y efectiva, para lo cual, deberá en primer lugar proceder a incorporar nuevamente en la base de datos de afiliados al menor, quien demostró su afiliación con el respectivo carné en el que aparece como beneficiario de la ARS Humanavivir y, en segundo lugar, tendrá que procurar que la ARS brinde el servicio de salud requerido de acuerdo al nivel de atención acorde con el servicio requerido por el accionante.

INCAPACIDAD ECONOMICA DEL USUARIO DEL SERVICIO DE SALUD-Inversión de la carga de la prueba/DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Atención médica sin exigir pago de la cuota de recuperación

La Corte Constitucional ha determinado que, como regla general, en los casos en que exista incapacidad económica del usuario del servicio, le compete al afiliado o beneficiario probar

tal situación. No obstante, en presencia de afirmaciones en tal sentido sin acervo probatorio que las respalde, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo a la E.P.S. o A.R.S. desvirtuar lo sostenido por el usuario. Así, lo ha precisado esta Corporación, por virtud de la incapacidad económica del accionante probada a través de la manifestación expuesta en el escrito de tutela y de la presunción de falta de capacidad económica que recae sobre los afiliados al nivel II del Sisben, la Corte tutelará los derechos a la salud del accionante, ordenando la atención médica requerida, de tal suerte que sea la Secretaría de Salud Distrital la que asuma la totalidad del costo, exonerando al accionante del pago de la cuota de recuperación que para el caso concreto hubiere que pagar.

Referencia: expediente T-1288146

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Accionante: Teofila Pinzón de Garcés como agente oficioso de Eric Santiago Muñoz Garcés

Demandado: Secretaria de Salud Distrital.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil seis (2006)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Teofila Pinzón de Garcés como agente oficioso de Eric Santiago Muñoz Garcés contra la Secretaría de Salud Distrital.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 3 de noviembre de 2005 la señora Teofila Pinzón de Garcés, actuando como agente oficioso de su nieto Eric Santiago Muñoz Garcés, interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Salud Distrital por la presunta vulneración de los derechos a la vida y a la salud, con base en la siguiente relación fáctica.

Eric Santiago Muñoz Garcés es un niño de cuatro años de edad que adolece de ambliopía y pie plano y que requiere tratamiento oportuno para procurar corregir esas enfermedades y lograr un desarrollo vital pleno. El menor se encontraba afiliado, en calidad de beneficiario, a

Humanavivir ARS, hasta que a comienzos del año 2005, la Secretaría de Salud Distrital dio la orden de desafiliarlo.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por virtud de esta desafiliación el menor sólo podría recibir atención médica en calidad de vinculado, viéndose obligado a pagar una cuota de recuperación. Ante tal circunstancia, la accionante elevó derecho de petición a la Secretaría de Salud para tratar de solucionar el problema, frente a lo cual sólo obtuvo como respuesta la indicación de que el menor no se encontraba en la base de datos de afiliados al Régimen Subsidiado de la Secretaría de Salud y por tanto debía acudir a Hospitales de la Red, proporcionando el pago de la correspondiente cuota.

Dada esta situación, la accionante, en su calidad de abuela del menor, procedió a afiliarlo a Cajacopi ARS; sin embargo, al solicitar una cita médica para la enfermedad de su hijo, le informaron que el niño nuevamente había sido retirado del sistema.

Tras este nuevo incidente la accionante acudió ante la Personería Distrital en donde le fue comunicado que efectivamente el menor se hallaba en la base de datos del Sisben ubicado en el nivel II, pero que no se encontraba registrado en la base de datos de las ARS y que el trámite de reafiliación era bastante demorado.

Así las cosas, dada la imposibilidad económica de los familiares del menor para cubrir el tratamiento acudiendo a algún hospital de la red, y debido a que el desamparo médico se debió a un error administrativo, la accionante acude al mecanismo de tutela para obtener el amparo deprecado.

2. Fundamentos de la acción y pretensiones.

La accionante señala que la vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud del menor agenciado se produce por la omisión de la entidad accionada consistente en no incluir en la base de datos la afiliación de su nieto a una ARS, impidiendo de tal forma que recibiera la atención médica que necesita.

Sostiene, de otra parte, que los derechos vulnerados son la vida y la salud, en la medida en que la desafiliación que realizó la Secretaría de Salud distrital de las ARS trae como consecuencia la desmejora de la calidad de vida del menor por la imposibilidad de acceder al servicio médico para recuperar su estado de salud.

Así, los derechos alegados como vulnerados prevalecen sobre los demás por expreso mandato del artículo 44 de la Constitución Política.

Con base en tales afirmaciones, la accionante solicita que se tutelen los derechos del menor vulnerados por la Secretaría de Salud Distrital. En consecuencia pide que se ordene a la accionada que de manera inmediata corrija en su base de datos la afiliación del menor y se incluya a una ARS, preferiblemente a Humanavivir por ser aquélla donde la madre del menor viene siendo atendida. Solicita igualmente, como medida provisional para evitar un perjuicio irremediable, que se ordene a la accionada permitir al menor recibir la atención médica requerida sin sujetarla a ningún pago.

3. Oposición a la demanda de tutela

La Secretaría de Salud Distrital, a través del Director de Aseguramiento en Salud, dio respuesta a la acción de tutela, en los siguientes términos.

Señaló, en primer lugar que el menor Eric Santiago Muñoz Garcés se encuentra registrado en la base de datos de la población identificada por Sisben en el nivel II, con fecha de encuesta del 6 de febrero de 2005, sin encontrarse identificado en la base de datos de los afiliados al régimen subsidiado.

Sostienen que el menor fue efectivamente retirado de la base de datos de la Secretaría Distrital de Salud “en cumplimiento a la Resolución NO. 0092 de 1º de marzo de 2004 “Por la cual se modifica la resolución 1232 de 2003 que ordena la cancelación de algunas afiliaciones al régimen subsidiado en el Distrito Capital”. Así, dado que la ARS procedió a carnetizar al menor sin efectuar el debido reporte a la Secretaría, en la base de datos de ésta aparecía como no carnetizado razón por la que se procedió a cumplir lo dispuesto en la Resolución citada.

En este sentido, el menor deberá elegir ARS en la próxima vigencia que para tal efecto señale el Ministerio de Protección Social y, mientras ello ocurre podrá ser atendido como población vinculada con nivel dos de Sisben, debiendo asumir la cuota de recuperación del 10% del valor de la cuenta.

Acto seguido, solicita al juez de tutela que vincule al proceso a la Institución que viene prestando el servicio de salud, esto es, el Hospital Pablo VI Bosa, para que se conforme el contradictorio y pueda garantizarse la continuidad en la prestación de los servicios de salud.

Aclara finalmente que el hecho de que el menor tenga que sufragar un valor correspondiente al diez por ciento (10%) del servicio médico prestado, no significa que ello pueda erigirse en obstáculo para la prestación del servicio, sino que por el contrario, la entidad encargada de prestar los servicios correspondientes deberá conciliar con el accionante la forma de pago,

sin condicionar o supeditar en ningún caso la prestación del servicio que requiera.

Por tanto, solicita al juez de tutela excluir del proceso a la Secretaría Distrital de Salud, habida cuenta que esa institución no procedió de manera negligente y que la controversia que se plantea deviene tanto de una responsabilidad contractual frente a la carnetización por parte de la ARS Humanavivir, ya que ésta no reportó tal evento a la Secretaría, como de una responsabilidad del Hospital Pablo VI dado que no ha prestado los servicios de salud requeridos por la parte actora.

4. Pruebas que obran en el expediente

La accionante aporta los siguientes documentos:

a. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Teófila Pinzón de Garcés. (Folio 1).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

c. Copia del Registro Civil de Nacimiento de Eric Santiago Muñoz Garcés. (Folio 3).

d. Copia de Formulario de Solicitud de Servicios del Hospital Pablo VI de Bosa E.S.E. en el que se diagnostica hipermetropía alta, ambliopía y pie plano. (Folios 4 a 5).

II. DECISIÓN DE INSTANCIA

El Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, en providencia del veintidós (22) de noviembre de 2005 resolvió la acción de tutela incoada por Teofila Pinzón de Garcés como agente oficioso del menor Eric Santiago Muñoz Garcés, atendiendo a la siguiente estructura considerativa.

Entra el juez de conocimiento, en primer lugar, a hacer un análisis de los derechos presuntamente vulnerados, destacando el carácter de fundamental que, por excelencia, le es propio al derecho a la vida y precisando que respecto de la salud, el Estado protege un mínimo vital, “por fuera del cual el deterioro orgánico impide su vida normal, suponiéndose un estado completo de bienestar físico mental y social”.

Posteriormente evalúa los argumentos de las partes para arribar a la conclusión de que asiste razón a la Secretaría de Salud en el sentido de que la acción de tutela es improcedente en su contra, “en primer lugar porque a ella como institución no le corresponde la prestación de los servicios de salud requeridos (...) y en segundo porque tal como lo ha indicado no existe culpa de ella en la negligencia que la ARS HUMANAVIVIR demostró al no enviar a su base de datos el reporte de carnetización de los afiliados”.

Finalmente sostiene que el menor no se encuentra desafiliado del sistema SISBEN sino que, al estar clasificado en el nivel 2, debe pagar una cuota del diez por ciento del tratamiento recibido para poder acceder al servicio de salud, por lo que le corresponde al accionante acudir a la institución prestadora de servicios de salud, la cual no podrá, frente a la incapacidad económica, negarse a la correspondiente prestación del servicio, sino que deberá conciliar la forma de pago.

Por los argumentos expuestos, el juez de conocimiento resolvió, en primer lugar, no conceder el amparo de tutela deprecado y, en segundo, requerir al Hospital Pablo VI brindar la atención médica que requiera el menor Eric Santiago Muñoz Garcés.

Ninguna de las partes impugnó la decisión.

III. COMUNICACIONES POSTERIORES A LA DECISIÓN JUDICIAL

Con posterioridad al fallo de tutela, la Secretaría de Salud Distrital, remitió comunicación al Hospital Pablo VI Bosa E.S.E. con copia al juzgado de conocimiento, en el que le ponía en conocimiento la decisión del juez en lo concerniente a dicha I.P.S. y su deber de prestar la atención médica requerida por el menor.

Seguidamente, mediante comunicación fechada de noviembre 30 de 2005, el Hospital Pablo VI Bosa, respondió a la Secretaría de Salud, con copia al juzgado de conocimiento, informando que para dar cumplimiento al fallo se habían impartido las instrucciones correspondientes a los funcionarios de dicho centro hospitalario; sin embargo, sostuvo que los procedimientos que requiere el menor (ortóptica y oftalmología pediátricas) no pueden ser prestados por dicho hospital, dado que por tratarse de una institución de primer nivel de atención no cuenta con los servicios especializados ordenados. Por tanto, requiere a la Secretaría de Salud para que solicite a entidades de mayor nivel de atención que presten los servicios que necesita el menor.

En diciembre 5 de 2005, el Hospital Pablo VI Bosa se dirigió al juzgado de origen mediante escrito en el que comunicó que por ser un Hospital de primer nivel de atención remitiría al paciente al nivel de complejidad correspondiente que compete al Hospital de Kennedy.

El 19 de enero de 2006, el Hospital Occidente de Kennedy III nivel E.S.E. se dirigió a la Secretaría de Salud Distrital, con copia al juzgado de origen, en el que manifestó que no ha recibido orden de remisión del paciente y que ha tenido conocimiento de que la remisión se hizo al Hospital Simón Bolívar, razón por la que el informe de seguimiento al fallo de tutela debía ser solicitado a tal entidad.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2. Problema Jurídico.

Corresponde a esta Corporación determinar, respecto del caso concreto, si existe vulneración a los derechos invocados por la parte actora, para lo cual habrá que precisar las generalidades del Régimen Subsidiado de Salud, especificando las diferencias entre la población vinculada y la afiliada y las competencias propias de las entidades que intervienen a nivel territorial en la organización y aplicación de tal sistema.

De tal suerte, corresponderá a la Corte, señalar si se ha vulnerado el derecho a la salud y la vida del accionante habida cuenta que aun cuando poseía carné de afiliación a una ARS se le trata como vinculado, exigiéndole el pago de una cuota de recuperación, por no aparecer en la base de datos de afiliados que lleva la Secretaría de Salud Distrital.

3. Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

a. Principios y Normas Generales.

La seguridad social, de acuerdo con el artículo 48 constitucional es tanto un derecho como un servicio público cuya prestación se garantiza a todas las personas con sujeción a los principios de universalidad, progresividad, solidaridad y eficiencia¹. Por su parte, el artículo 49 de la Carta señala que la atención de la salud es un servicio público que se encuentra a cargo del Estado y que se garantiza el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud.

La seguridad social, se encuentra regulada por la Ley 100 de 1993 que, específicamente en el Libro II, señala las disposiciones propias del régimen de salud, del cual se predicen como objetivos: i) La regulación del servicio público en salud y ii) la creación de las condiciones para el acceso de todas las personas².

Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran dos regímenes, cuales son el Régimen Contributivo que, de acuerdo al artículo 202 de la Ley 100 de 1993 “es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente

por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador" y el Régimen Subsidiado que consiste, de acuerdo al artículo 211 del mismo cuerpo normativo, en "el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad".

Centrando la atención en este último régimen, debe precisarse que, en seguimiento de lo dispuesto por el artículo 212 de la Ley 100 de 1993, éste tiene como propósito financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar.

b. Beneficiarios del Régimen Subsidiado de Salud.

De acuerdo con el artículo 213 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 157 de la misma, son beneficiarios de este régimen las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, es decir, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Dentro de este grupo tienen particular importancia, las madres durante el embarazo, parto y posparto y el período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Para que una persona pueda acceder a la calidad de afiliado al régimen de seguridad social en salud se requiere del agotamiento de tres etapas fundamentales cuales son la identificación, la selección y la afiliación.

La identificación es el procedimiento a través del cual las alcaldías municipales, por medio de la encuesta del SISBEN, identifican los potenciales beneficiarios del régimen³. Cualquier ciudadano puede pedir que le sea realizada la encuesta e igualmente, cualquier ciudadano tiene derecho a solicitar una nueva encuesta con el fin de verificar la información de la anterior encuesta o con el propósito de determinar la existencia de variaciones en la información inicial. Las únicas personas que están exentas de la encuesta, son los miembros de la población especial, que son: la población infantil abandonada, los indigentes, personas en condiciones de desplazamiento forzado, las comunidades indígenas, núcleos familiares de las madres comunitarias y personas de la tercera edad en protección de ancianatos.⁴

El Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales SISBEN⁵ es una herramienta diseñada por el Departamento Nacional de Planeación para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana, cuyo objetivo es focalizar el gasto social. Dicha selección se logra a partir de la recolección de datos mediante el mecanismo de encuesta que, una vez analizados, arrojan un puntaje que permite ubicar a las familias o individuos entrevistados en alguno de los seis niveles de pobreza preestablecidos⁶.

Seguidamente se encuentran las etapas de selección y afiliación que corresponden a las entidades territoriales por intermedio de las respectivas Direcciones de Salud, conforme lo dispone el artículo 213 de la Ley 100 de 1993. Para efectos de realizar la última etapa, es deber de las entidades territoriales informar a las personas seleccionadas el conjunto de las Administradoras del Régimen Subsidiado del que pueden elegir aquella que consideren más conveniente.

Esta última etapa de afiliación inicia formalmente con la firma del Formulario Único de Afiliación y Traslado por parte de la cabeza del núcleo familiar y se perfecciona con la

radicación del formulario y con la entrega del carné definitivo por la ARS⁷.

c. Afiliados y Vinculados.

Una vez realizada la encuesta referida en la etapa de identificación precedentemente expuesta, si la persona clasifica en los niveles de pobreza 1, 2 ó 3, adquiere la calidad de vinculado al sistema de salud. Éste es un estado transitorio, en el que la persona que reúne todos los requisitos para ser beneficiaria del régimen está a la espera de la asignación de una ARS. Así, mientras tiene lugar dicha asignación, las personas vinculadas tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado⁸. El ente responsable de brindar la atención a las personas vinculadas es la respectiva entidad territorial en la que reside el vinculado; así, dependiendo del nivel de atención que necesite el usuario será responsable el municipio, distrito o departamento⁹.

La Corte Constitucional ha señalado que en materia de vinculación al régimen de seguridad social en salud únicamente existen el régimen contributivo y el régimen subsidiado, de tal suerte que los “vinculados” no constituyen un tercer régimen sino que son considerados como una categoría poblacional que por virtud de la cobertura inicial y progresiva del sistema no tiene posibilidad de acceder a ninguno de los dos sistemas y que, mientras se materializa su afiliación son atendidos por las instituciones de salud con las que contrata el Estado¹⁰. Sobre este particular, precisó la Corporación:

“Esta clase de participantes al Sistema de Seguridad Social en Salud son transitorios, pero, no por ello constituyen un tercer régimen, como claramente se desprende del artículo 157 de la ley 100 de 1993 que se refiere ya no a los regímenes de Seguridad Social en Salud, sino a

los “sujetos protegidos” denominándolos “participantes en el Sistema de Seguridad Social en Salud”, para señalar que, a partir de la vigencia de la citada ley, todo colombiano participará del servicio público esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de tal manera, que unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. Esto es, que accederán a los servicios de salud sin que se encuentren afiliados o deban afiliarse a alguno de los dos (2) regímenes establecidos.

En conclusión tenemos, dos (2) regímenes bien definidos: a) El contributivo y, b) el subsidiado; y tres (3) tipos de participantes en el sistema general de seguridad social, a saber: a) Participantes afiliados al régimen contributivo, b) participantes afiliados al régimen subsidiado y, c) participantes vinculados”¹¹.

Dentro de las diferencias que existen entre las personas vinculadas al sistema y las afiliadas al régimen subsidiado se destaca la obligación que recae sobre las primeras de cancelar una cuota de recuperación¹² para poder acceder a la prestación de los servicios de salud que requieren. Así, de conformidad con el artículo 18 del Decreto 2351 de 1995, la población vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud está sujeta al pago de cuotas de recuperación, que corresponden a un porcentaje del costo de los tratamientos o medicamentos que les son suministrados, y que deben cancelar ante las I.P.S. donde reciben la atención, con la finalidad de complementar la financiación de los servicios recibidos.

d. Competencia de las Entidades que intervienen en el Sistema de Seguridad Social.

De acuerdo con el artículo 4º del Decreto 2357 de 1995, le corresponde a los departamentos, municipios y distritos, entre otras funciones, dirigir el régimen subsidiado de salud, apropiar

las partidas presupuestales correspondientes a la financiación del régimen subsidiado y crear una base de datos de todos los beneficiarios del régimen subsidiado a nivel territorial, así como de las administradoras del régimen subsidiado que operan en su territorio que permita el adecuado control de la operación del sistema.

Concretamente, y en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 60 de 1993 y la Ley 10 de 1990, puede sostenerse que a los Municipios les corresponde, además de practicar la encuesta del SISBEN, dirigir el Sistema Local de Salud, ejercer las funciones establecidas en el artículo 12 de la Ley 10 de 1990, realizar las acciones de fomento de la salud, prevención de la enfermedad, asegurar y financiar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación del primer nivel de atención de la salud de la comunidad, directamente o a través de sus dependencias o entidades descentralizadas, de conformidad con los artículos 4º y 6º de la Ley 10 de 1990; o a través de contratos con entidades públicas, comunitarias o privadas, según lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política¹³.

Por su parte, a los departamentos les corresponde dirigir el Sistema Seccional de Salud, cumpliendo las funciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 10 de 1990, realizar las acciones de fomento de la salud, prevención de la enfermedad, financiar y garantizar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación correspondientes al segundo y tercer nivel de atención de la salud de la comunidad, directamente, o a través de contratos con entidades públicas, comunitarias o privadas.¹⁴

Finalmente, a los Distritos les corresponde dirigir el Sistema Distrital de Salud, ejercer las funciones establecidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 10 de 1990, financiar y realizar las acciones de fomento de la prevención de la enfermedad y garantizar la prestación de los servicios de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación correspondientes al primero, segundo y tercer nivel de atención de la salud de la comunidad, directamente o a través de entidades descentralizadas, de conformidad con los artículos 4º y 6º de la Ley 10 de 1990, o a través de contratos con entidades públicas, comunitarias o privadas. En el caso del distrito

capital, además de las anteriores funciones, le compete registrar las entidades prestadoras de servicios de salud y definir su naturaleza jurídica.¹⁵

Dentro del Régimen subsidiado de salud se encuentran las Administradoras del Régimen subsidiado (ARS) cuya creación fue autorizada en la Ley 100 de 1993 y tuvo efectivo lugar con motivo de la expedición del Decreto 2357 de 1995, siendo reglamentadas por el Decreto 1804 de 1999 y otras disposiciones complementarias. Las ARS son entidades de intermediación entre los recursos financieros, las instituciones que prestan los servicios (IPS), las autoridades públicas locales y los usuarios, y desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo.

Son funciones de las Administradoras del Régimen Subsidiado, de acuerdo al artículo 10 del Decreto 2357 de 1995, entre otras, las de fomentar y promover la afiliación de la población beneficiaria del régimen subsidiado, afiliar a la población beneficiaria y expedir el carné correspondiente.

Como puede observarse, son varias las entidades que convergen a la organización del régimen subsidiado de salud y que, por tanto, coadyuvan al cumplimiento de los cometidos estatales en dicha materia. “La atención en salud, en consecuencia, es una tarea programática de carácter social a cargo del Estado y de los asociados, quienes tienen la misión constitucional de establecer un sistema de seguridad y atención integral que permita a todos los ciudadanos acceder a los servicios de salud”¹⁶. Al respecto, los artículos 298, 311, 356 y 357 de la Carta Política, asignan la responsabilidad de la ejecución de la política social de carácter asistencial de los sectores más pobres de la población colombiana, a los departamentos, municipios y distritos, para lo cual deben llevar a cabo un proceso de focalización del gasto social (art. 30 Ley 60 de 1993), “...definido como el proceso por el cual se garantiza que el gasto social se asigna a los grupos de población más pobre y vulnerables”¹⁷.

4. Derechos Fundamentales de los Menores.

El artículo 44 constitucional erige en derecho fundamental per se a la salud cuando se predica de los niños, de tal suerte que para su amparo por la vía de tutela no se requiere que de manera conexa se vulnere ningún otro derecho fundamental. Tal disposición Superior obedece a la especial protección que dentro del Estado Social de Derecho colombiano se pretende otorgar a los menores por su condición de población indefensa y vulnerable para dar cumplimiento, de esta forma, al principio del interés superior, procurando el desarrollo armónico e integral del niño¹⁸.

El principio del interés superior del menor fue consagrado expresamente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y reiterado por otros instrumentos internacionales¹⁹, los cuales sirvieron de sustento para que el Constituyente plasmara en el artículo 44 Superior la especial protección de que son objeto los menores²⁰.

La Corte precisó las razones principales de la especial protección que el Estado otorga a los niños en los siguientes términos: “La razones básicas de esta protección a los niños y a los adolescentes son: i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”²¹.

a. Pertenencia del accionante al Régimen Subsidiado de Salud en calidad de Afiliado.

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, se tiene que el menor Eric Santiago Muñoz Garcés se encuentra afiliado al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social, a través de la ARS Humanavir. No obstante lo anterior, al requerir tratamiento médico para atender la ambliopía y los problemas de pie plano que lo aquejan, le fue comunicado que no se encuentra dentro de la base de datos de los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud y que, por tanto, la única forma de recibir la atención es como parte de la población vinculada, lo cual implica el pago de la respectiva cuota de recuperación que, para su caso equivale al 10% del tratamiento solicitado.

La solución jurídica ofrecida por la Secretaría de Salud en el sentido de que el menor debía acudir a la red pública de atención en salud mediante el pago de la cuota de recuperación y aguardar a la siguiente vigencia para proceder a elegir ARS, es vulneradora de los derechos fundamentales del menor, en la medida en que desconoce los principios que irradian al Sistema de Seguridad Social, así como el principio de la primacía de la realidad sobre la forma y la prevalencia de los derechos de los menores.

Así, en seguimiento del principio de primacía de la realidad sobre la forma, la Corte encuentra que el menor Eric Santiago Muñoz Garcés, no obstante no aparecer en la base de datos de la Secretaría de Salud Distrital, se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud, prueba de lo cual es la carnetización que a su nombre se realizó, operación que sólo es resultado del cumplimiento de las etapas de identificación, selección y afiliación, necesarias para pertenecer a dicho régimen.

Así, si bien puede ser cierto que la Secretaría de Salud Distrital procedió a suprimir de la base

de datos al accionante por cuanto la ARS no notificó la respectiva carnetización, dicha falta de coordinación funcional entre las entidades señaladas no puede surtir efectos negativos en el menor quien, tras cumplir con las obligaciones propias de ley para ser parte del sistema, confió legítimamente en que el carné que le fue expedido lo certificaba como afiliado al régimen de salud, categoría de la cual se desprenden los beneficios de atención que pretendía hacer valer.

El error operativo de la ARS y la Secretaría de Salud Distrital no puede generar efectos de tal entidad que priven de la calidad de afiliado a una persona que ha surtido el trámite del régimen subsidiado para acceder a las prerrogativas que emanan de dicha calidad, menos aún cuando se trata de un menor, como en el presente caso, que requiere con urgencia la atención médica deprecada para la recuperación oportuna de su salud visual y ortopédica.

De otra parte, la posición asumida por la entidad accionada en el sentido de proponer como solución al menor la atención mediante la red pública de salud en calidad de vinculado, a través del pago de la cuota de recuperación, presenta problemas de coherencia jurídica desde varios puntos de vista.

En primer lugar, dicha postura implicaría el tránsito de la calidad de afiliado a la de vinculado por cuenta de un error informático, lo cual se traduce en la pérdida de la calidad de afiliado de la persona, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 26 del Acuerdo 244 de 2003 que señala que la afiliación al régimen subsidiado será indefinida mientras subsistan las condiciones previstas en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, esta posición comporta una violación flagrante del mandato constitucional de progresividad, dado que, no obstante haber alcanzado la ampliación de la cobertura en el sentido de haber comprendido dentro del servicio de salud al accionante, se pretende obviar el proceso que ha ocurrido y compelir al menor a reiniciar los trámites para su afiliación al

mismo.

La Corte entiende que el principio de confianza legítima no es ajeno al sistema de salud y, por tanto, en el caso que nos ocupa, puede sostenerse sin lugar a equívocos que, con base en el agotamiento oportuno de los procedimientos diseñados para la afiliación al régimen subsidiado de salud, el menor Eric Santiago Muñoz Garcés fundó legítimamente su confianza en la garantía de recibir atención médica por cuanto había obtenido satisfactoriamente el carné de la ARS seleccionada, adquiriendo, de tal suerte, la calidad de afiliado.

Así las cosas, no es posible defraudar las expectativas legítimamente fundadas de los afiliados al sistema de salud, esgrimiendo la incompetencia e inefficiencia del sistema en materia de coordinación de las entidades competentes para la sistematización de los afiliados al sistema de salud.

En este sentido, la Corte afirmó:

“No puede permitirse que la inefficiencia institucional, la desidia o el aplazamiento voluntario del servicio por parte de una entidad, pública o privada, se conviertan en el mecanismo para desconocer los derechos fundamentales de afiliados y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud.

(...)

Una persona que ya está vinculada, así se le diga que es potencialmente beneficiaria, tiene derecho a que el Sisben principio a tratarla, el tratamiento iniciado no puede quedar trunco porque esto también atentaría contra la buena fe del beneficiario o potencial beneficiario . Esto hace parte del principio de la confianza legítima que permite conciliar, en ocasiones, el

interés general y los derechos de las personas²². Esa confianza legítima se fundamenta en los principios de la buena fe (artículo 83 C.P.), seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.), respeto al acto propio²³ y adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es, según la jurisprudencia de la Corte, éticamente deseable y jurídicamente exigible”²⁴.

Finalmente, es pertinente recordar que, de acuerdo a la normatividad propia del régimen subsidiado de seguridad social en salud citada en acápite precedente, corresponde a las entidades territoriales la dirección y coordinación de la prestación del servicio de salud, razón por la cual, la Secretaría Distrital de Salud se erige en directa responsable de la prestación de tales servicios a los afiliados que dentro del Distrito Capital hagan parte del sistema.

Por tanto, el hecho de que el Distrito contrate con las Administradoras del Régimen Subsidiado la prestación de la atención médica no la exime de responsabilidad y no traslada a la órbita de las relaciones meramente contractuales los conflictos que se susciten entre usuarios y ARS, por lo que, bajo los hechos propios de la presente acción de tutela, la Secretaría de Salud Distrital debe desplegar las actuaciones pertinentes para que el acceso al servicio público de salud sea real y efectiva, para lo cual, deberá en primer lugar proceder a incorporar nuevamente en la base de datos de afiliados al menor, quien demostró su afiliación con el respectivo carné en el que aparece como beneficiario de la ARS Humanavir y, en segundo lugar, tendrá que procurar que la ARS brinde el servicio de salud requerido de acuerdo al nivel de atención acorde con el servicio requerido por el accionante.

b. Incapacidad Económica de la familia del menor.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Fuera del problema administrativo abordado en las líneas precedentes, la accionante puso de

presente la imposibilidad económica de la familia del menor para sufragar la cuota de recuperación que, como vinculado, le fuere exigida para acceder a los servicios de salud, equivalente al diez por ciento (10%) del valor del servicio de salud requerido.

De acuerdo al artículo 187 de la Ley 100 de 1993, corresponde a los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud efectuar el pago de una cuota moderadora para el acceso a los servicios médicos. Así, dado que es posible que aún perteneciendo al régimen subsidiado el usuario tuviera que sufragar una cuota moderadora, corresponde a esta Corporación determinar si, de acuerdo a los hechos presentados, existen suficientes razones para ordenar la práctica de los servicios médicos requeridos sin el correspondiente cobro de la cuota moderadora.

La Corte Constitucional ha determinado que, como regla general, en los casos en que exista incapacidad económica del usuario del servicio, le compete al afiliado o beneficiario probar tal situación. No obstante, en presencia de afirmaciones en tal sentido sin acervo probatorio que las respalde, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo a la E.P.S. o A.R.S. desvirtuar lo sostenido por el usuario. Así, lo ha precisado esta Corporación:

“En varias oportunidades la Corte ha explicado que, ante la afirmación del usuario de no contar con los recursos suficientes, la carga de la prueba se invierte y en tal medida corresponde a las entidades promotoras de salud demandadas en sede de tutela desvirtuar lo afirmado por el accionante”²⁵.

En el caso concreto, la accionante manifiesta que la familia del menor carece de recursos

económicos suficientes para sufragar el valor correspondiente a la prestación de la atención médica, afirmación que no fue desvirtuada por la accionada y que se asumió como cierta a lo largo del proceso²⁶, por lo que la Corte la tendrá como válida para efectos de orientar el sentido del fallo.

A tal conclusión se arriba, no sólo de la mano de la afirmación de la accionante, sino del hecho manifiesto de la clasificación que el Sisben hizo del menor, ubicándolo en el Nivel II, lo cual es signo inequívoco del nivel de pobreza del núcleo familiar del menor.

Así las cosas, por virtud de la incapacidad económica del accionante probada a través de la manifestación expuesta en el escrito de tutela y de la presunción de falta de capacidad económica que recae sobre los afiliados al nivel II del Sisben, la Corte tutelará los derechos a la salud del accionante, ordenando la atención médica requerida, de tal suerte que sea la Secretaría de Salud Distrital la que asuma la totalidad del costo, exonerando al accionante del pago de la cuota de recuperación que para el caso concreto hubiere que pagar.

Ahora bien, dado que la valoración médica que recibió el menor fue practicada por el Hospital Pablo VI de Bosa E.S.E., se ordenará que, una vez formalizada la vinculación del accionante a la A.R.S. Humanavir, se realice una nueva valoración médica y se disponga la prestación de la atención en salud y los medicamentos que sean consecuencia de tal valoración.

En igual sentido, se ordenará la práctica de los tratamientos y el suministro de los medicamentos necesarios para el bienestar del menor, en relación con las enfermedades señaladas en la acción de tutela, aun cuando ellos se encuentren por fuera del POS-S, a cargo exclusivo de la Secretaría de Salud Distrital, esto es, sin requerir el pago al accionante.

Con base en lo anterior, y bajo la consideración de que, en tratándose de menores, el derecho a la salud es un derecho fundamental y que en el caso concreto se encuentra una vulneración al derecho a la salud y a la seguridad social, la Corte tutelará los derechos del accionante.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la vida y la salud del menor ERIC SANTIAGO MUÑOZ GARCÉS y, en consecuencia, REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría de Salud Distrital que incluya en la base de datos correspondiente la carnetización y afiliación del menor Eric Santiago Muñoz Garcés al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social y que formalice la vinculación del menor Eric Santiago Muñoz Garcés a la A.R.S. Humanavivir.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría de Salud Distrital y a la ARS Humanavivir coordinar lo de

su competencia para la efectiva prestación de los servicios de salud especializados que requiere el accionante, disponiendo la realización de una nueva valoración en oftalmología y ortopedia y suministrando los tratamientos, medicamentos y elementos ortopédicos y oftalmológicos que se requieran.

CUARTO: ORDENAR a la Secretaría de Salud Distrital asumir la totalidad del costo del tratamiento y medicamentos requeridos, incluidos o no en el POS-S, sin que haya lugar al cobro de ningún porcentaje del valor de éstos al accionante.

QUINTO: Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

2 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

3 Artículo 3 del Acuerdo 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

4 Artículo 4 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

5 Dentro de las normas que regulan el SISBEN se destaca el artículo 30 de la Ley 60 de 1993, el Documento CONPES 40 de 1997, el artículo 3 del Acuerdo 77 de 1997 CNSSS, el Documento CONPES 55 de 2001 y la Ley 715 de 2001.

6 Artículo 3 del Acuerdo 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

7 Respecto del cumplimiento del proceso para la afiliación al Régimen Subsidiado, la Corte,

mediante sentencia T-1101 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló lo siguiente: “Es claro que mientras se ejecuta este proceso no es admisible excluir a la población de menores ingresos del servicio de salud, puesto que una omisión en tal sentido sería contraria a la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social, contenida en el artículo 48 C.P. Por ende, es deber del Estado la implementación de medidas legales y administrativas adecuadas para lograr la cobertura de las dos categorías: las personas afiliadas al régimen contributivo o subsidiado y los participantes vinculados”.

8 Artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

9 A los municipios les corresponde el primer nivel de atención, a los departamentos los niveles dos y tres, y a los distritos les corresponde brindar atención en los tres niveles. (Ley 60 de 1993)

10 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-130 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-130 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

12 Artículo 18 del Decreto 2357 de 1995: “Cuotas de Recuperación. Son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las instituciones prestadoras de servicios de salud en los siguientes casos: 1. Para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación. 2. La población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el nivel 1 del SISBEN o incluidas en los listados censales pagarán un 5% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por la atención de un mismo evento y en el nivel dos del SISBEN pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. 3. Para la población identificada en el nivel 3 de SISBEN pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento. 4. Para las personas afiliadas al régimen subsidiado y que reciban atenciones por servicios no incluidas en el POS-S, pagarán de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del presente artículo. 5. La población con capacidad de pago pagará la tarifa plena.

13 Artículo 2-2 de la Ley 60 de 1993.

14 Artículo 6-6 de la Ley 60 de 1993.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

16 Corte Constitucional, Sentencia T-723 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

17 Corte Constitucional, Sentencia T-840 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

18 Ver, entre otras, Sentencias T-421 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-956 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

19 Por ejemplo, en la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-092 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

22 Sentencias T-617 de 1995, T-617 de 1995.

23 Ver sentencia T-295/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

24 Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Treviño.

25 Corte Constitucional, Sentencia T-306 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

26 Esta asunción se compadece con lo dispuesto en la Jurisprudencia Constitucional. Ver, en este sentido, Sentencia T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.