

AFILIADOS DE CAPRUIS-El ISS no podía unilateralmente afiliarlos a la EPS/AFILIADOS DE CAPRUIS-Razones por las cuales el ISS no podía aplicar en este caso el num 14 del art 14 del Decreto 1485/94

La entidad acusada decidió, unilateralmente, abusando de su posición dominante y sin mediar un debido proceso, no validar la solicitud del accionante de mantenerse afiliado a CAPRUIS. Pero la arbitrariedad llega más lejos, pues además, el fondo de pensiones accionado, sin sustento legal alguno, decidió unilateralmente afiliarlo al Seguro Social EPS. Dentro del proceso la entidad acusada alegó que seleccionó la EPS del accionante con base en una disposición reglamentaria según la cual, los empleadores tienen esta facultad de decisión en nombre de sus empleados, cuando éstos no la ejercen.

AFILIACION DE PENSIONADOS AL SISTEMA DE SALUD ADOPTADO POR LAS UNIVERSIDADES

LEY 647/01-Literal c, art 2 es un texto normativo que no es claro y preciso

La Sala concluye que el texto normativo discutido por el Ministro de la Protección Social no es claro y preciso, como se le pretende presentar. El texto es ambiguo y permite por lo menos dos formas de interpretación, la defendida por el accionante y por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, de un lado, y la defendida por el Seguro Social, Administradora de pensiones, y el Ministro de la Protección Social, por otro. No obstante, no es competencia de esta Sala entrar a definir y establecer en el contexto del presente proceso de acción de tutela, cuál es la interpretación que se debe dar a dichas disposiciones. Tal cuestión deberá ser resuelta, como es debido, durante el trámite del debido proceso mediante el cual el accionante elija la entidad encargada de garantizarle la prestación del servicio de salud.

El Seguro Social, Administradora de Pensiones, Seccional Santander, desconoció el derecho del accionante a elegir libremente a qué entidad promotora de salud quería afiliarse, al decidir unilateral y arbitrariamente, sin mediar un debido proceso, (i) no haberlo afiliado a la entidad que él voluntariamente quería, y (ii) en su lugar, elegir otra diferente (en este caso la EPS del propio Seguro Social). En consecuencia, se confirmará la decisión de segunda instancia que tuteló los derechos del accionante a la seguridad social, a la salud y a la libre

escogencia de una entidad de salud.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1608340

Acción de tutela instaurada por Serafín Bueno Peña contra el Seguro Social, Administradora de Pensiones — Seccional Santander.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil siete (2007).

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.<sup>1</sup>

## I. ANTECEDENTES

1. El 15 de enero de 2007, Serafín Bueno Peña presentó acción de tutela en contra del Seguro Social, Administradora de Pensiones — Seccional Santander, por considerar que esta entidad viola sus derechos a la salud, a la autonomía personal, a la dignidad, y a la libertad de elegir la entidad o institución que le preste los servicios de seguridad social en salud, al no trasladar los aportes que se le descuentan de su mesada pensional a la Caja de Previsión Social ‘CAPRUIS’ —Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander—, entidad que le venía prestando el servicio en calidad de afiliado cotizante.

El accionante afirma que laboró por espacio de 32 años (del 21 de agosto de 1974 al 30 de junio de 2006) al servicio de la Universidad Industrial de Santander, luego de haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez. La pensión le fue reconocida por el Seguro Social (el 1° de julio de 2006), entidad a la cual él se encontraba afiliado para tales efectos, “luego de un largo periodo de espera”.<sup>2</sup> El accionante sostiene que de acuerdo con “(...) lo

exigido por la Administradora de Pensiones, al momento de presentar los documentos para el trámite de [su] pensión, [hizo] entrega de un escrito en el que indicaba que los servicios de salud le serían prestados por la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander, CAPRUIS, entidad a la cual venía afiliado como trabajador activo.”<sup>3</sup> No obstante haber realizado el anterior trámite, el señor Bueno Peña acusa al Seguro Social de haber decidido, “en forma unilateral y arbitraria”, retener los aportes de salud de su mesada pensional descontados a nombre de CAPRUIS y no trasladarlos a dicha Caja, sino a la EPS del Seguro Social, pese a que él nunca escogió ni se afilió a dicha entidad. El accionante estuvo afiliado a CAPRUIS hasta el 17 de enero de 2007, cuando se le retiró, previo aviso, porque no habían sido efectuados los aportes.<sup>4</sup> Anexó a la acción de tutela el acuerdo N° 010 de agosto 31 de 2005 de CAPRUIS, mediante el cual se reglamenta la prestación de los servicios de salud médico asistenciales de sus afiliados, en el cual se establece la posibilidad de que personas en la situación jurídica del accionante sí pueden afiliarse a CAPRUIS.<sup>5</sup> También anexó una comunicación de enero 5 de 2006 del Ministerio de la Protección Social al Director Jurídico Nacional del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se advierte que sí es posible que un pensionado afiliado a ese fondo de pensiones esté inscrito en el régimen de seguridad social de las universidades para efectos de recibir el servicio de salud.<sup>6</sup> El Seguro Social, Pensiones, Seccional Santander, participó en el proceso para reiterar su posición.<sup>7</sup>

2. El 26 de enero de 2007, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bucaramanga resolvió negar la acción de tutela por considerar que la entidad accionada no ha vulnerado el derecho del accionante a elegir EPS. Para el Juez, “(...) en el caso del accionante Serafín Bueno Peña, quien laboró por espacio de 30 años al servicio de la Universidad Industrial de Santander y fue pensionado por el Instituto de Seguros Sociales, su situación pensional está regida por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y ajena, en todo caso, en materia de seguridad social en salud a las reguladas por las universidades públicas o privadas, en este evento a CAPRUIS, cuyo alcance llega a los miembros del personal académico, a los empleados y trabajadores, y a los pensionados y jubilados de la respectiva Universidad.” Por esto, concluye que en modo alguno se quebrantaron “(...) los derechos fundamentales del actor por parte del seguro social, como quiera que éste comunicó a la Caja de Previsión Social de la UIS, CAPRUIS para la prestación de los servicios médicos, sólo que el accionante no ha hecho uso de su derecho a elegir la entidad que se los brindará.” El accionante impugnó la decisión de primera instancia, por considerar que sí le habían violado sus derechos. Su escrito fue acompañado de varias sentencias de jueces de tutela que sí habían tutelado los derechos de los

funcionarios de la Universidad UIS, en condiciones similares.<sup>8</sup>

3. El 8 de marzo de 2007, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga resolvió revocar la decisión del juez de primera instancia, y en su lugar tuteló los derechos del accionante. A juicio del Tribunal “(...) el Instituto de Seguros Sociales actuó de manera unilateral y arbitraria lo que constituye una violación de sus derechos fundamentales tales como dignidad, salud, vida, seguridad social, libre escogencia de una entidad de salud, pues desde que adquirió la condición de pensionado eligió a la Caja de Previsión Social CAPRUIS como la entidad que prestaría los servicios en salud y no la EPS-ISS.” Considera que el Seguro Social desconoció por completo la voluntad del accionante, “(...) pues en forma unilateral y bajo un argumento que es objeto de debate y no definido aún, decidió, aprovechando su posición dominante frente al afiliado, no hacer entrega a CAPRUIS de los descuentos que por salud realiza a la mesada pensional del señor Serafín Bueno Peña, al punto que la Caja atendiendo su propio reglamento informó al mencionado su desafiliación por falta de pago; igualmente el ISS desatiende que el accionante se haya afiliado en salud a CAPRUIS y no al ISS, quien en este evento es sólo un administrador de pensiones y no cumple la función de EPS, las que por ley serían las autorizadas para cancelar las afiliaciones realizadas, por causa justificada. || (...) [L]a no cancelación a CAPRUIS no obstante hecho el descuento al pensionado, se afecta el debido proceso, pues no se comunicó debidamente y en forma oportuna al afiliado lo que iría a suceder, sino simplemente el ISS se limitó a consignar en los comprobantes de pago que debían los pensionados afiliarse a otra EPS (...)”. En consecuencia, el Tribunal ordenó al Instituto de Seguro Social, Seccional Santander que proceda a trasladar a la Caja de Previsión Social, CAPRUIS, los aportes en salud que ha descontado al mencionado y dejó de girar a la Caja citada sin la respectiva autorización del afiliado Serafín Bueno Peña.

## II. CONSIDERACIONES

1. La jurisprudencia constitucional ha establecido que todas las personas tienen el derecho de elegir libremente la entidad a la cual le confiarán el cuidado de su salud y de las personas beneficiarias de ellas. Al respecto, ha sostenido que “[l]a libertad de escogencia es una garantía que goza de una triple connotación, pues es a la vez un principio rector del SGSSS, una característica del mismo y un derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud.”<sup>10</sup> Se trata

pues, de una libertad que ha de ser respetada incluso si la persona se encuentra afiliada irregularmente a más de una entidad promotora de salud ('multiafiliación');<sup>11</sup> ni siquiera en ese caso le es dado a una entidad decidir unilateral y arbitrariamente, sin un debido proceso, cuál será la entidad en la cual continuará afiliada la persona.

2. Con base en esta jurisprudencia, el juez de tutela de segunda instancia (Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal) consideró que la entidad acusada en el presente caso (el Seguro Social, Administradora de Pensiones – Seccional Santander), encargada de garantizar el derecho a la pensión al accionante, resolvió desconocer de manera ostensible la libre voluntad de éste a elegir la entidad encargada de garantizarle la prestación del servicio de salud, al rehusarse a mantenerlo afiliado a la Caja de Previsión CAPRUIS para efectos de acceder al servicio de salud. Para el Tribunal esta acción constituye un abuso de su posición dominante, el cual se extendió, posteriormente, a definir de manera unilateral la suerte del accionante.

3. Esta Sala de Revisión coincide con la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga. En efecto, la entidad acusada decidió, unilateralmente, abusando de su posición dominante y sin mediar un debido proceso, no validar la solicitud del accionante de mantenerse afiliado a CAPRUIS. Pero la arbitrariedad llega más lejos, pues además, el fondo de pensiones accionado, sin sustento legal alguno, decidió unilateralmente afiliarlo al Seguro Social EPS. Dentro del proceso la entidad acusada alegó que seleccionó la EPS del accionante con base en una disposición reglamentaria según la cual, los empleadores tienen esta facultad de decisión en nombre de sus empleados, cuando éstos no la ejercen (artículo 14, numeral 14, del Decreto 1485 de 1994).<sup>12</sup> No obstante, para la Sala la norma no es aplicable en el presente caso por dos razones; primera, porque la facultad se predica del empleador de una persona y no de su Fondo de Pensiones, y segunda, porque en el presente caso la persona no ha guardado silencio; por el contrario, ha manifestado expresamente cuál es su voluntad y ha insistido en que le sea respetada.

Las anteriores razones son suficientes para reiterar la decisión adoptada por el juez de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, incluso en el caso de ser cierto que la afiliación que pretenda el accionante es ilegal. Como se indicó, la jurisprudencia ha señalado que la libertad de elección del paciente y el debido proceso que se debe seguir para ejercerla, se deben respetar incluso en aquellas ocasiones en las que la afiliación de la

persona al Sistema no sea reglamentaria (v.gr. casos de multiafiliación). No obstante, entra la Sala a considerar la cuestión planteada por el Ministro de la Protección Social, con relación a la supuesta imposibilidad de aceptar una afiliación como la que el accionante pretende a CAPRUIS.

4. El Ministro de la Protección Social solicitó a la Corte Constitucional seleccionar el presente caso de revisión por considerar, al igual que el Seguro Social, Administradora de Pensiones, que la petición del accionante parte de una incomprensión del derecho que lo asiste. En su concepto, al accionante sí le asiste la plena libertad para elegir la EPS a la que quiere estar afiliado, sin embargo, este derecho no contempla la posibilidad de elegir a CAPRUIS por cuanto esta no es una EPS; de hecho, se dice, no es una entidad que haga parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido y regulado por la Ley 100 de 1993.

4.1. El Ministro de la Protección Social señala que el Legislador estableció quiénes pueden ser afiliados a la seguridad social de las universidades en el artículo 2° de la Ley 647 de 2001, excluyendo a su juicio, aquellas personas que han sido pensionadas por el seguro social.<sup>13</sup> La norma en cuestión señala lo siguiente,

“Parágrafo. El sistema propio de seguridad social en salud de que trata este artículo, se regirá por las siguientes reglas básicas:

[...]

(c) Afiliados. Únicamente podrá tener como afiliados a los miembros del personal académico, a los empleados y trabajadores, y a los pensionados y jubilados de la respectiva Universidad. Se garantizará el principio de libre afiliación se considerará equivalente para los fines del tránsito del sistema general de la Ley 100 de 1993 al sistema propio de las universidades o viceversa, sin que sean permitidas afiliaciones simultáneas”.<sup>14</sup>

4.2. Para el Ministro de la Protección Social, del tenor literal de la norma se sigue que sólo aquellas personas cuyas pensiones sean reconocidas por una de las universidades estatales u oficiales, pueden formar parte del sistema de seguridad social en salud de la misma institución. En tal sentido, no tendrían posibilidad de afiliarse a estos sistemas especiales de salud (entre ellos, CAPRUIS) las personas que se pensionaron por su trabajo en una universidad, pero cuya pensión es reconocida por un fondo de pensiones, no por la

universidad. el Ministro considera que interpretar de forma diferente la norma en cuestión, como lo pretende el accionante llevaría a conclusiones absurdas.<sup>15</sup>

5. Esta Sala no comparte la opinión del Ministro según la cual el sentido normativo de la norma citada es claro y preciso. De hecho, el propio Ministerio de la Protección Social ha defendido y apoyado la interpretación de la norma que ahora tacha de absurda.

5.1. En el expediente reposa una respuesta escrita del 21 de noviembre de 2005, de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo al Legislativo del Ministerio de la Protección Social, Alba Valderrama de Peña, al Director Jurídico Nacional del Instituto de Seguros Sociales, Emil Enrique Ariza Oyala, acerca de la afiliación de pensionados al Sistema de Salud adoptado por las universidades. En este texto no sólo se acepta la posibilidad de que una persona pensionada por el Seguro Social esté afiliada al sistema de salud de una universidad, sino que da parámetros respecto a cómo deben hacerse los aportes correspondientes. Dice la comunicación,

“Frente a su cuarto interrogante, es preciso indicar que si una entidad administradora de pensiones le paga una pensión a una persona afiliada al Sistema de Salud que ha adoptado una universidad en los términos previstos en la Ley 647 de 2001, esta entidad pagadora estará obligada a efectuar los descuentos de las cotizaciones en salud de ese pensionado para efectos de girarlos al sistema de salud en comento, teniendo en cuenta para ello la reglamentación que al respecto haya adoptado la universidad. No obstante lo anterior, si el pensionado en cuestión no está afiliado al sistema de salud objeto de consulta, el mismo lo deberá estar al (sic) Sistema General de Seguridad Social en Salud, caso en el cual la entidad pagadora de la pensión debe girar los recursos de las cotizaciones descontados de la mesada pensional a la EPS donde se afilie el pensionado.”<sup>16</sup>

5.2. Esta incertidumbre respecto del sentido normativo del literal (c) del artículo 2° de la Ley 647 de 2001 la reconoció el propio Ministro en su solicitud de selección del caso, al advertir que este problema ya había sido ventilado en procesos de acción de cumplimiento, en los cuales los jueces se negaron a proteger los derechos alegados, en razón a que las discrepancias entre las partes se debían a la interpretación que hacen de las normas.<sup>17</sup>

6. Así las cosas, la Sala concluye que el texto normativo discutido por el Ministro de la Protección Social no es claro y preciso, como se le pretende presentar. El texto es ambiguo y

permite por lo menos dos formas de interpretación, la defendida por el accionante y por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, de un lado, y la defendida por el Seguro Social, Administradora de pensiones, y el Ministro de la Protección Social, por otro. No obstante, no es competencia de esta Sala entrar a definir y establecer en el contexto del presente proceso de acción de tutela, cuál es la interpretación que se debe dar a dichas disposiciones. Tal cuestión deberá ser resuelta, como es debido, durante el trámite del debido proceso mediante el cual el accionante elija la entidad encargada de garantizarle la prestación del servicio de salud.

7. La Sala concluye entonces, que el Seguro Social, Administradora de Pensiones, Seccional Santander, desconoció el derecho del accionante a elegir libremente a qué entidad promotora de salud quería afiliarse, al decidir unilateral y arbitrariamente, sin mediar un debido proceso, (i) no haberlo afiliado a la entidad que él voluntariamente quería, y (ii) en su lugar, elegir otra diferente (en este caso la EPS del propio Seguro Social). En consecuencia, se confirmará la decisión de segunda instancia que tuteló los derechos del accionante a la seguridad social, a la salud y a la libre escogencia de una entidad de salud.

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

#### RESUELVE

Primero.- Confirmar el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga dentro del proceso de la referencia, mediante el cual se tutelaron los derechos a la seguridad social, a la salud y a la libre escogencia de una entidad de salud de Serafín Bueno Peña.

Segundo.- Prevenir al Seguro Social, Administradora de Pensiones — Seccional Santander, para que en el futuro se abstenga de negar a sus afiliados, unilateralmente y sin mediar un debido proceso, el derecho a afiliarse a la Caja de Previsión CAPRUIS y resolver afiliarlos a la EPS que (el Seguro Social, Administradora de Pensiones) decida.

Tercero.- Comunicar la presente sentencia al Ministerio de la Protección Social para lo de su competencia.

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de los derechos involucrados en el presente caso, el



Juzgado Segundo Civil Municipal del Honda notificará esta sentencia dentro del término de dos días después de haber recibido la comunicación de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. También le remitirá copia del fallo a la Caja de Previsión de la Universidad Industrial de Santander, CAPRUIS.

Quinto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

2 El accionante señala que “[h]asta el año 1994, la Universidad Industrial de Santander directamente reconocía y pagaba la pensión de jubilación o de vejez a sus empleados

públicos y trabajadores oficiales, que cumplieran los requisitos para disfrutar de dicha prestación. A partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (abril 1 de 1994), todos los empleados (administrativos y docentes) vinculados a la Universidad, nos vimos obligados a escoger una Administradora de Pensiones y afiliarnos al Seguro Social o a un fondo de pensiones privado, para que una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y se remitiera el bono pensional por parte de la Universidad, se accedería a la prestación. Yo opté por vincularme a la Administradora de Pensiones del Seguro Social.”

3 Dice la acción de tutela al respecto: “Con fundamento en mi petición, a partir del reconocimiento de mi pensión de jubilación, esto es el 30 de junio de 2006, fui afiliado en mi calidad de pensionado a CAPRUIS, entidad encargada de prestar los servicios médicos, para lo cual el Seguro Social — Administradora de Pensiones, deducía de mi mesada pensional el correspondiente aporte para salud y lo trasladaba oportunamente a la Caja de Previsión Social de la CAPRUIS.” En el expediente existe copia de la carta en la que manifestó su decisión de seguir afiliado a CAPRUIS, para el servicio de salud (expediente, primer cuaderno, folio 46).

4 De acuerdo con la certificación expedida el 12 de enero de 2007 por el Gerente-Coordinador Médico de la Caja de Previsión Social de la UIS, CAPRUIS, “(...) el señor Serafín Bueno Peña (...) tiene afiliación vigente como cotizante a la Caja de Previsión Social de la UIS ‘CAPRUIS’, desde el 21 de agosto de 1974 hasta el 17 de enero de 2007”. El 9 de enero de 2007, CAPRUIS informó al accionante que afiliación estaría vigente hasta el 17 de enero debido a que no se realizaron los aportes correspondientes.

5 CAPRUIS, Acuerdo N° 010 de agosto 31 de 2005, artículo 1° - Afiliados cotizantes. Únicamente podrán ser afiliados cotizantes a CAPRUIS: (...) 2. Los pensionados de la UIS o de CAPRUIS; y quien adquiera el derecho a la pensión, estando al servicio de una de las mencionadas entidades mediante relación reglamentaria o estatutaria (como empleado público) o a través de relación contractual (como trabajador oficial). || (...)”

6 Dice el Ministerio en su comunicación: “Frente a su cuarto interrogante, es preciso indicar que si una entidad administradora de pensiones le paga una pensión a una persona afiliada al Sistema de Salud que ha adoptado una universidad en los términos previstos en la Ley 647 de 2001, esta entidad pagadora estará obligada a efectuar los descuentos de las cotizaciones

en salud de ese pensionado para efectos de girarlos a sistema de salud en comento, teniendo en cuenta para ello la reglamentación que al respecto haya adoptado la universidad. No obstante lo anterior, si el pensionado en cuestión no está afiliado al sistema de salud objeto de consulta, el mismo lo deberá estar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, caso en el cual la entidad pagadora de la pensión debe girar los recursos de las cotizaciones descontados de la mesada pensional a la EPS donde se afilie el pensionado.” (Expediente, primer cuaderno, folios 41 y 42).

7 La Gerente (E) del Seguro Social, Pensiones, Seccional Santander, advirtió dentro del proceso que de acuerdo con la interpretación que dicha entidad hace del artículo 2° de la Ley 647 de 2001, que sólo las personas que laboraron en la Universidad y cuya pensión fue reconocida por la misma pueden estar afiliados al servicio de salud que preste dicha institución educativa. Por lo tanto, el accionante, al haber sido pensionado por el Seguro Social y no por la Universidad, no puede estar afiliado a CAPRUIS. Para el Seguro, los derechos del accionante no se han violado porque no “(...) incumplido su obligación de efectuar los aportes en salud del accionante toda vez que dichas cotizaciones se están girando a la EPS ISS, hasta tanto el pensionado escoja la entidad promotora de salud a la cual desee afiliarse, garantizando de esta manera la prestación de los servicios.” Para el Seguro Social ello es así “(...) en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 numeral 14 del Decreto 1485 de 1994, señala: ‘14. Plazo para la escogencia. Las personas con nuevos contratos de trabajo o vinculación laboral deberán escoger al momento de su vinculación la entidad promotora de salud a la cual estarán afiliados. Si pasado este término no eligiere, el empleador escogerá en su nombre la entidad promotora de salud y procederá a afiliarlo. Esta afiliación se considera válida por un periodo de tres meses, que podrá prolongarse hasta un año si el trabajador no manifiesta en este periodo otra decisión.’ Circunstancia que no sucede hasta el momento, por lo que se encuentra afiliada a la EPS ISS. En su intervención, el Seguro aclara que “(...) ha estado informando tanto a la Caja de Previsión de la UIS, CAPRUIS, para que los afiliados a su Cooperativa se les advierta de esta situación y a los pensionados en el respectivo comprobante de pago en la parte inferior existe una nota donde les informa que deben afiliarse a una EPS diferente a CAPRUIS.”

8 El accionante cita 18 casos en los que los jueces de tutela sí han tutelado el derecho de personas que se encuentran en una situación similar a la de él.

9 Dijo el Ministerio al respecto: “Tanto en la sentencia [de 2ª instancia dentro de este proceso] como otras emanadas del Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Penal de Bucaramanga, atentan gravemente contra la solidaridad y sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en razón a que ordenan que el Instituto de Seguros Sociales, gire recursos que pertenecen al Sistema, a una entidad que no forma parte de éste, deviniendo en una desviación flagrante de los recursos. || Como la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander no es una Entidad Promotora de Salud EPS, ni una Entidad Obligada a compensar ECO, los pensionados del Instituto de los Seguros Sociales que trabajaron en la Universidad Industrial de Santander, deben escoger una EPS del Sistema General de Seguridad Social en Salud que les prestará los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, reconociéndole a la Unidad de Pago por Capitación y demás recursos a que tienen derecho para financiar los servicios y las prestaciones económicas a que hubiere lugar.”

10 Así lo reiteró recientemente la Corte Constitucional en la sentencia T-1010 de 2006 (MP Alvaro Tafur Galvis), fundándose en la Ley 100 de 1993, artículos 153, 156 y 159, y siguiendo lo dispuesto en sentencias como la T-011 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

11 En la sentencia T-028 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte decidió que una entidad promotora de salud viola la libertad de elección de una persona cuando, en un caso de doble afiliación, decide de común acuerdo con otra entidad excluirla de su lista de afiliados; en el caso concreto, en todo caso, el traslado se había realizado correctamente, por lo que la Corte consideró que no había doble afiliación.

12 Decreto 1485 de 1994, artículo 14, numeral 14: ‘[...] 14. Plazo para la escogencia. Las personas con nuevos contratos de trabajo o vinculación laboral deberán escoger al momento de su vinculación la entidad promotora de salud a la cual estarán afiliados. Si pasado este término no eligiere, el empleador escogerá en su nombre la entidad promotora de salud y procederá a afiliarlo. Esta afiliación se considera válida por un periodo de tres meses, que podrá prolongarse hasta un año si el trabajador no manifiesta en este periodo otra decisión.’

13 Mediante este artículo se reformó el parágrafo del artículo 57 de la Ley 30 de 1992 (por el cual se organiza el servicio público de la Educación Superior)

14 Ley 647 de 2001, artículo 2°. Los otros literales del artículo señalan: “(a) Organización,

dirección y funcionamiento. Será organizado por la Universidad como una dependencia especializada de la misma, con la estructura de dirección y funcionamiento que igualmente se establezca para el efecto. Sin embargo, las universidades podrán abstenerse de organizarlo, para que servidores administrativos y docentes y sus pensionados o jubilados elijan libremente su afiliación a las entidades promotoras de salud previstas por la Ley 100 de 1993; || (b) Administración y financiamiento. El sistema se administrará por la propia Universidad que lo organice y se financiará con las cotizaciones que se establezcan en los términos y dentro de los límites máximos previstos en el inciso 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993. El sistema podrá prestar directamente servicios de salud y/o contratarlos con otras instituciones prestadoras de servicios de salud; [...] (d) Beneficiarios y plan de beneficios. Se tendrán en cuenta los contenidos esenciales previstos en el capítulo III de la Ley 100 de 1993; || (e) Aporte de solidaridad. Los sistemas efectuarán el aporte de solidaridad de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.”

15 Dice el Ministro de la Protección Social en su solicitud de revisión al presente caso: “El señor Bueno Peña, si bien es cierto prestó sus servicios a la Universidad Industrial de Santander, quien le reconoció su pensión fue la última Entidad Administradora de Pensiones a la cual cotizó. || Acudiendo a la definición encontrada en el Diccionario de la Lengua Española vigésima segunda edición, en la que la proposición ‘de’ denota posesión o pertenencia, se desprende inequívocamente que los pensionados cuyas pensiones son reconocidas y pagadas por el Instituto de los Seguros Sociales ISS, no son pensionados de la Universidad de Santander (se resalta). || La universidad contribuye en la financiación de la pensión, por medio de un bono o título pensional. El hecho de que la universidad haya generado el bono pensional por el pensionado del ISS señor Bueno Peña, no implica que éste pueda catalogarse como pensionado de la Universidad Industrial de Santander. Bajo esa interpretación errónea se podría sostener por ejemplo que en Cajanal, aquellos servidores públicos que no efectuaron cotizaciones a la Caja, sino que para financiar su pensión se emite un bono de la Nación, son pensionados de la Nación; es decir que los pensionados no son de la administradora sino del empleador o de los empleadores que cotizaron por ellos. || En consecuencia, todo aquel trabajador activo o pensionado de entidad u organismo diferente a los propios trabajadores o pensionados o jubilados de la propia universidad, no pueden estar afiliados a tales servicios de salud, por cuenta de aportes pagados por empleadores o pagadores de pensiones distintos a la propia universidad. Estos recursos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.” (acentos del texto original).

16 Al dar respuesta, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social tenía en cuenta que los sistemas de salud de las universidades no hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por tanto, no son EPS. Dice el texto al respecto: “Así las cosas y expuesta la normatividad anterior, se tiene que el régimen de seguridad social de las universidades está exento de la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias, lo cual frente a lo consultado en su primer interrogante significa, que los recursos de las cotizaciones que efectúan estos regímenes de excepción no son recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. || [...] En cuanto a sus interrogantes segundo y tercero, debe señalarse que las universidades por no administrar recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que las mismas administran en realidad un sistema exceptuado, no pueden ser consideradas como entidades promotoras de salud o entidades obligadas a compensar, por tal razón, al no tener esta calidad las mismas no están obligadas a efectuar el proceso de compensación previsto en el Decreto 2280 de 2004.”

17 Dice la solicitud de selección del Ministro de la Protección Social: “Inclusive en acciones de cumplimiento instauradas en diferentes instancias judiciales, existen diferentes criterios de los jueces, hasta se han pronunciado en el sentido de negar por improcedente la acción, al encontrar que la situación se enmarca en la interpretación que de manera diferente se hace entre las partes involucradas, de la norma que a continuación se invoca.”