

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber sancionatorio y correctivo frente a conductas abusivas y fraudulentas de los usuarios afiliados al sistema

SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL-Principios

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Garantías/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Controles

Como puede observarse existe un sistema de control debidamente estructurado a efecto de prevenir, controlar y sancionar las conductas irregulares en que puedan incurrir los usuarios al momento de afiliarse al SGSSS. Estos mecanismos de control sobre la información suministrada por los usuarios, son factores determinantes que contribuyen en el eficiente funcionamiento y sostenibilidad del Sistema de Salud, pues sanciona a quienes no hayan cumplido sus obligaciones dentro del sistema, en desmedro tanto de deberes legales de orden público como de mandatos constitucionales.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAL DE SERVICIO DOMESTICO-Protección

No sobra recordar que respecto a ésta última hipótesis, consistente en la imposibilidad de que las empleadas domésticas se afilien como cotizantes de su cónyuge o de un familiar dentro del quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil, la Corte constitucional en sentencia T-730/99, advirtió que “la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores”, concluyendo que “(...) la igualdad es para todas las modalidades del trabajo, luego no queda excluido el servicio doméstico y por consiguiente quienes desempeñen tal labor tienen derecho a la seguridad social”. Lo anterior permite entonces, con base en el artículo 4 constitucional, la aplicación directa de la Constitución Política sobre la norma reglamentaria que impide a las empleadas domésticas afiliarse como cotizantes de su cónyuge o compañero o algún familiar en los grados indicados, siempre y cuando se acredite una relación de trabajo real de dependencia entre ellos. Esto porque, si mediante el procedimiento administrativo respectivo, se observa que tal

relación es de carácter ficticio, operan de igual manera las sanciones y las facultades correctivas radicadas en cabeza de las E.P.S., cuando se verifiquen conductas fraudulentas o de mala fe por parte de los usuarios.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Requisitos para afiliación de compañero permanente como beneficiario

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-No se cumple requisito de convivencia mínima de dos años del compañero permanente

Resulta claro que si el accionante no reunía las condiciones exigidas por la ley para gozar de la prestación del Plan Obligatorio de Salud en el SGSSS, mal podría concederse el amparo solicitado, cuando el ISS ha actuado en cumplimiento de un deber legal, una vez agotado el procedimiento para sancionar posibles conductas irregulares que podrían afectar la sostenibilidad del sistema.

Referencia: expediente T-848612

Acción de tutela instaurada por Francisco Goez Zapata contra el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. – Seccional Antioquia

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de mayo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Medellín y por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por Francisco Goez Zapata contra el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. – Seccional Antioquia.

I. ANTECEDENTES.

El señor Francisco Goez Zapata interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales I.S.S., con el objeto de obtener la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la salud y la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, los cuales estima vulnerados por la entidad accionada, al negarse a suministrarle una evaluación por nefrología, necesaria para el tratamiento de sus problemas renales.

Para fundamentar su solicitud de amparo, puso de presente los siguientes hechos:

- Señala, que siendo beneficiario de la E.P.S. Seguro Social, su médico tratante le ordenó el 24 de abril de 2003 una evaluación por nefrología, la cual es necesaria para determinar el procedimiento a seguir respecto a los problemas renales que padece.
- Agrega, que se ha desplazado insistentemente a la entidad accionada, a efecto de que le sea practicada la citada evaluación. No obstante, siempre le indican que debe esperar.
- Finalmente, comenta que se siente muy enfermo y presenta mucho dolor, lo que le imposibilita realizar sus actividades de manera normal.

Por lo anterior, solicita se ordene a la EPS Seguro Social, que de manera inmediata realice la remisión para evaluación por nefrología con carácter prioritario. Igualmente, pide que se ordene todo tratamiento, intervención y medicamentos que ordene el médico tratante en su evaluación y se le brinde atención integral en salud.

2. Pruebas

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca las siguientes pruebas:

- Fotocopia simple de orden médica en el cual se remite al accionante a Nefrología (folio 3).
- Fotocopia simple de autoliquidación mensual de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud del I.S.S. (folio 4).
- Fotocopia simple de cédula de ciudadanía del señor Francisco Ramiro Goez Zapata (folio 5).

- Declaración rendida por el accionante ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. (folio 24-25).

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1 Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Medellín, en providencia de 30 de septiembre de 2003, concedió el amparo deprecado, dando aplicación a la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. Para el efecto, ordenó a la entidad accionada, la práctica de la evaluación por nefrología y limitó la atención integral solicitada a brindar el procedimiento ordenado y la atención de los efectos colaterales hasta la recuperación de su salud por la patología que motivó esta tutela.

3.2. Impugnación.

A través de apoderada especial, el Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia, impugnó el fallo proferido por el a quo, por considerar que la entidad que representa, no se encuentra obligada a prestar el servicio solicitado por el accionante, pues de conformidad con un informe de la Unidad Renal, en la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud del accionante, existen irregularidades que lo impiden.

Tales irregularidades consisten según el ISS, en que por una parte, a pesar de que el accionante se encuentra inscrito en el Sistema en calidad de beneficiario de la señora María Olga Tabares, existe constancia de que hace aproximadamente 40 años no convive con ésta, sino con la señora Leticia Durango; y por otra parte, porque la señora María Olga Tabares, se encuentra afiliada como empleada doméstica de su yerno, lo cual se encuentra prohibido por el artículo 5 literal d del Decreto 824 de 1998 y la Ley 11 de 1988, que establece que no podrán ser empleadas domésticas, los parientes del patrono o de sus familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil.

De ésta forma, precisa que de conformidad con el artículo 7 del decreto 806 de 1998, el plan obligatorio de salud sólo debe ser prestado al afiliado que cumpla con las obligaciones establecidas para tal efecto. Igualmente, pone de presente los eventos en los cuales se pierde la antigüedad por constituir conductas abusivas o de mala fe (decreto 806 de 1998) y

las consecuencias jurídicas de incurrir en las mismas, las cuales fueron determinadas por el artículo 14 del decreto 047 de 2000.

3.3. Fallo de segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia del 12 de noviembre de 2003, revocó la decisión de primera instancia, estableciendo que si bien la culminación unilateral de la afiliación en salud de una persona, es una práctica no autorizada para las E.P.S., “existen excepciones legales que así lo permiten, siempre y cuando se acredite que el usuario incurrió en las denominadas conductas abusivas o de mala fe, evento en el cual la entidad podrá dar por terminado el contrato mediante comunicación fundamentada”.

Consideró el ad-quem que esta es la situación del accionante, pues en el trámite de tutela se pudo establecer que la señora María Olga Tabares Zapata, previa explicación de los funcionarios del Seguro Social E.P.S. aceptó su desvinculación de la entidad, por las irregularidades detectadas por el ISS (afiliación en calidad de cotizante como empleada doméstica de su yerno y afiliación del accionante como beneficiario de la misma, sin tener respecto a esta la condición de cónyuge o compañero permanente).

Con base en la teoría del acto propio, concluye que “no existió una vulneración al principio de la buena fe del accionante o se transgredió el debido proceso, porque si bien es cierto existió una vinculación al sistema de seguridad social y dicho acto produjo efectos jurídicos, también es cierto que el mismo fue legalmente extinguido, al mediar una autorización expresa de la señora Tabares Zapata, de quien Góez Zapata era beneficiario”.

Por último, precisa que “la exigencia de afiliación y permanencia en sistema son elementos básicos que condicionan la eficacia y la exigibilidad del derecho a la salud (decreto 806 de 1988 concordado con el decreto Reglamentario 47 de 2000) y ante la suspensión de la afiliación por retiro del sistema, la situación de protección también desaparece, por consiguiente, la E.P.S. no estaría en la obligación legal de prestar los servicios de diagnóstico, evaluación o tratamiento de un antiguo cotizante o afiliado que ha perdido la condición antes descrita”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Corte Constitucional, establecer si la negativa de una EPS para realizar un examen diagnóstico a una persona que se encuentra inscrita en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en calidad de beneficiario, con base en la constatación de presuntas irregularidades en la afiliación del cotizante y su beneficiario, configura una violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

3. Deberes de los afiliados y beneficiarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Facultad sancionadora y correctiva de las E.P.S. frente a conductas abusivas, fraudulentas o de mala fe de los usuarios en las afiliaciones al Sistema.

Al tenor del artículo 48 de la Constitución Política, son principios que rigen el servicio público de seguridad social, la eficiencia, la universalidad y la solidaridad. De igual manera, esta norma constitucional “garantiza a todos los habitantes, el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.

En virtud del principio de eficiencia y el carácter inherente de los servicios públicos a la finalidad social del Estado colombiano (art. 365 de la C.P.) se configura para éste, el deber de garantizar la prestación eficiente del servicio, deber del cual se deriva el principio de continuidad en su prestación, que supone la imposibilidad de interrumpirlo, salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales¹.

Ahora, el principio de universalidad se estructura bajo el supuesto de una cobertura obligatoria en seguridad social respecto a todos los habitantes del país. Para el efecto, la Ley 100 de 1993 diseñó el Sistema General de Seguridad Social Integral, encargado de cubrir las diferentes contingencias que pueda soportar el ser humano (enfermedad, vejez, invalidez, muerte).

Concretamente, para la protección de la salud, se estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual se organizó bajo la égida del principio de solidaridad, en dos regímenes (contributivo y subsidiado), dependiendo de la capacidad económica de los usuarios del servicio.

En éste punto, es del caso anotar que 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, bajo el presupuesto de un ámbito de cobertura personal que “en materia de afiliación y cobertura del sistema, está dado por la capacidad de pago del posible afiliado² y la necesidad de ampliar la cobertura personal del sistema³ a partir de las relaciones de familia entre el usuario y quienes son vinculados como sus beneficiarios”⁴⁵.

En éste sentido la jurisprudencia constitucional ha establecido que “una vez alguien entra al Sistema tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo”⁶. No obstante, existen deberes correlativos en cabeza de los usuarios del Sistema, los cuales deben ser cumplidos en su integridad para que el derecho a la prestación de los servicios de salud pueda hacerse exigible ante las entidades encargadas de la promoción y prestación de tales servicios. Entre ellos el artículo 160 de la Ley 100 de 1993 estableció los siguientes:

“1. Procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

2. Afiliarse con su familia al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar.

4. Suministrar información veraz, clara y completa sobre su estado de salud y los ingresos base de cotización.

5. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los empleadores a las que se refiere la presente Ley.

6. Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de las instituciones y profesionales que le prestan atención en salud.

7. Cuidar y hacer uso racional de los recursos, las instalaciones, la dotación, así como de los servicios y prestaciones sociales y laborales.

8. Tratar con dignidad el personal humano que lo atiende y respetar la intimidad de los demás pacientes”. (subrayas no originales)

Así mismo, entre las normas que los usuarios del Sistema deben cumplir, se encuentran aquellas relacionadas con la información suministrada para acreditar las calidades requeridas para afiliarse en calidad de cotizante o beneficiario, las cuales pueden ser verificadas en todo momento por la E.P.S. respectiva a fin de evitar irregularidades que entorpezcan la sostenibilidad del sistema.

Para el efecto, el decreto 1703 de 2002 estableció entre las obligaciones del afiliado, la presentación de los documentos que acrediten las condiciones legales de todos los miembros del grupo familiar (artículo 3) y el reporte de las novedades que se presenten en el mismo, “que constituyan causal de extinción del derecho del beneficiario tales como fallecimientos, discapacidad, pérdida de la calidad de estudiante, independencia económica, cumplimiento de la edad máxima legal establecida y demás que puedan afectar la calidad del afiliado beneficiario” (artículo 4).

A fin de establecer los controles respectivos, el decreto en mención determinó la posibilidad de realizar auditorías, cruces de información y los requerimientos necesarios para verificar mediante los respectivos procedimientos administrativos, la autenticidad de la información suministrada por los empleadores y cotizantes (inciso final del artículo 3, inciso 2 del artículo 4 y artículos 5 y 6) y la imposición de sanciones tales como la suspensión del servicio, la desafiliación, la pérdida de antigüedad y la responsabilidad pecuniaria consistente en reembolsar los gastos en que incurrió el sistema durante el período en el que el beneficiario carecía del derecho.

Así mismo, el artículo 14 del decreto 047 de 2000 establece que cuando el afiliado cotizante o beneficiario incurra en alguna de las conductas enunciadas en el artículo 64, literal g), del Decreto 806 de 1997, a más de la pérdida de antigüedad en el sistema, el afiliado cotizante deberá reembolsar a la Entidad Promotora de Salud el valor de los servicios obtenidos en virtud de dicha conducta. A lo anterior, se suma que el inciso 2 del artículo 6 del Decreto 1703 de 2002 señala: “(...) Cuando se compruebe que el cotizante incluyó beneficiarios que

no integraban su grupo familiar, el afiliado cotizante también perderá su antigüedad en el sistema”.

Igualmente, la Ley 828 de 2003 estableció en su artículo 8, la facultad para las Entidades Promotoras de Salud, Administradoras de Riesgos Profesionales, las Administradoras de Fondos de Pensiones, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje y las Cajas de Compensación Familiar, de “solicitar tanto a los afiliados cotizantes y beneficiarios, como a los empleadores, la documentación que requieran para verificar la veracidad de sus aportes o la acreditación de la calidad de beneficiarios, sin perjuicio de la reserva que por ley tengan algunos documentos. En caso de que los documentos sean requeridos y no se entreguen dentro de los treinta (30) días siguientes a su solicitud por parte del afiliado cotizante, se procederá a informarle al usuario conforme al Reglamento que si no los aporta en los treinta (30) días siguientes se procederá a suspender temporalmente el sistema de acreditación de derechos para el acceso de los servicios de salud frente al usuario respecto del cual no se entregue la documentación. Salvo aquellos casos en que el reglamento determine que existe justa causa.

Así mismo, señaló que: “en el sistema de salud, transcurridos tres (3) meses de suspensión sin que se hubieren presentado los documentos por parte de los afiliados beneficiarios, se procederá a la desafiliación de los beneficiarios que no fueron debidamente acreditados con la consecuente pérdida de antigüedad. Durante el período de suspensión no habrá lugar a compensar por dichos afiliados. Cuando se compruebe que el afiliado cotizante incluyó beneficiarios que no integraban su grupo familiar, el afiliado cotizante también perderá su antigüedad en el Sistema. Dicha desafiliación deberá ser notificada personalmente al usuario afectado”.

Como puede observarse existe un sistema de control debidamente estructurado a efecto de prevenir, controlar y sancionar las conductas irregulares en que puedan incurrir los usuarios al momento de afiliarse al SGSSS. Estos mecanismos de control sobre la información suministrada por los usuarios, son factores determinantes que contribuyen en el eficiente funcionamiento y sostenibilidad del Sistema de Salud, pues sanciona a quienes no hayan cumplido sus obligaciones dentro del sistema, en desmedro tanto de deberes legales de orden público como de mandatos constitucionales. Al respecto la Corte ha señalado:

“Pero de igual forma, de nada sirve contar con los sistemas de información adecuados, si quien tiene la obligación de brindar inicialmente la información no lo hace. El adecuado uso de los recursos escasos con que cuenta el Sistema de Salud depende, principalmente, de poder contar con la información laboral y familiar, en el régimen contributivo, y la información contemplada por el Sisben, en el régimen subsidiado (situación socio – económica, de salud y familiar)”⁸.

Las facultades correctivas adoptadas por parte de las E.P.S. han sido avaladas en reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, para sancionar por ejemplo, múltiples afiliaciones. En tal sentido la Corte consideró que:

“En todo caso, cuando constitucional y legalmente no corresponda a una EPS continuar un tratamiento médico, lo que se decida al respecto ha de ser producto de un debido proceso básico (artículo 29, C.P.), precepto desarrollado por el legislador al impedir categóricamente a las EPS desafiliar de forma unilateral y caprichosamente a una persona, (...) Ahora bien, lo anterior no significa que en el evento en que se presentan afiliaciones múltiples en desmedro de los principios constitucionales que rigen el sistema de salud, esté prohibido efectuar los correctivos encaminados a evitar que una misma persona continúe afiliado a dos EPS, (...)”⁹.

Y más adelante indicó:

“Es posible que se presenten situaciones fraudulentas; por ejemplo, el supuesto empleador puede ser tan sólo una empresa de fachada mediante la cual un grupo de personas se benefician ilegalmente de los recursos del Sistema de Salud. Como se advirtió previamente, ésta es una conducta sancionable incluso con responsabilidad penal, lo cual no obsta para que se adopten oportunamente los correctivos administrativos que sean del caso.

El Sistema de Salud no soporta “polizones”¹⁰, personas que sin haber asumido las cargas que corresponden a todos en un sistema fundado en el principio de solidaridad, pretendan beneficiarse del servicio de salud. Es pues responsabilidad de todos los actores, en especial de aquellos que cumplen funciones de regulación, control y vigilancia, evitar que los empleadores que no hacen el giro de los aportes (por ejemplo porque los toman para ellos, así sea para invertirlos temporalmente) se beneficien de los servicios del Sistema de Salud”.

Ahora, con el mismo objeto, es decir, que el SGSSS siga siendo financieramente viable, el decreto 047 de 2000 estableció algunas restricciones a la afiliación de los usuarios, tales como la imposibilidad de afiliar como beneficiarios a personas ajenas al grupo familiar, o al cónyuge o compañero permanente que sea igualmente cotizante (artículo 1), o de afiliar como cotizantes a trabajadores del servicio doméstico del cónyuge o compañero (a) permanente o de los parientes del empleador o de sus familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil (artículo 13).

Sin embargo, no sobra recordar que respecto a ésta última hipótesis, consistente en la imposibilidad de que las empleadas domésticas se afilien como cotizantes de su cónyuge o de un familiar dentro del quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil¹¹, la Corte constitucional en sentencia T-730/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero, advirtió que “la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores”, concluyendo que “(...) la igualdad es para todas las modalidades del trabajo, luego no queda excluido el servicio doméstico y por consiguiente quienes desempeñen tal labor tienen derecho a la seguridad social”.

Lo anterior permite entonces, con base en el artículo 4 constitucional, la aplicación directa de la Constitución Política sobre la norma reglamentaria que impide a las empleadas domésticas afiliarse como cotizantes de su cónyuge o compañero o algún familiar en los grados indicados, siempre y cuando se acredite una relación de trabajo real de dependencia entre ellos. Esto porque, si mediante el procedimiento administrativo respectivo, se observa que tal relación es de carácter ficticio, operan de igual manera las sanciones y las facultades correctivas radicadas en cabeza de las E.P.S., cuando se verifiquen conductas fraudulentas o de mala fe por parte de los usuarios.

4. Caso Concreto.

Al respecto, debe advertirse que si bien ésta Sala encuentra que en principio el a quo tuteló acertadamente los derechos fundamentales del accionante, partiendo de la aplicación de la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del decreto 2951 de 1991, por cuanto el ISS no compareció al proceso en la oportunidad legal correspondiente, es claro que los elementos de juicio que aportó la entidad accionada en la impugnación del fallo de primera

instancia, permiten establecer que no es posible conceder el amparo deprecado por el accionante.

Esto por cuanto, aunque todos los habitantes del país, independientemente del régimen de salud en el cual se encuentren afiliados, tienen derecho a acceder al mismo, sin interrupciones que puedan vulnerar el derecho a la salud en conexidad con la vida, en virtud del principio de eficiencia y continuidad en la prestación del servicio de salud, existe la obligación legal correlativa en cabeza de los usuarios del mismo, de cumplir con ciertos requisitos, formalidades y conductas que hagan exigible el derecho a la prestación de los servicios de salud, tal como se sostuvo a lo largo de esta providencia.

Así, para efectos de la afiliación al Sistema tanto del cotizante como de sus beneficiarios, se exigen ciertas condiciones que protegen al grupo familiar del trabajador, las cuales deben ser debidamente acreditadas ante la E.P.S. respectiva, según el artículo 3 del Decreto 1703 de 2002.

Al tenor del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 34 del Decreto 806 de 1998, son “beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años”.

En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado que el señor Francisco Goez Zapata fue desafiliado por el Instituto de Seguros Sociales por no cumplir los requisitos exigidos por la ley para ostentar la calidad de beneficiario respecto de la señora Olga Tabares, es decir, tener la condición de cónyuge o compañero permanente con unión superior a 2 años.

Ello se deriva de la lectura de la constancia secretarial de 7 de noviembre de 2003, expedida por el juez colegiado de conocimiento en segunda instancia (folio 29), en la cual se informa que de acuerdo con comunicación telefónica surtida con la señora María Olga Tabares Zapata, “aproximadamente un mes antes fue citada y escuchada en declaración en la entidad, además luego de una exposición realizada por los funcionarios de la E.P.S. y de la cancelación de un día adeudado, aceptó su desvinculación debido a algunas irregularidades”.

Así mismo, es de resaltar que las irregularidades que dieron lugar a la desafiliación del accionante, consignadas por la entidad demandada en el escrito de impugnación, fueron ratificadas por éste en declaración rendida por ante el a-quo (folios 25-26), en la que manifiesta lo siguiente:

“PREGUNTADO: Sírvase explicarnos cuales son las características de su afiliación del seguro. CONTESTO: Soy beneficiario de Olga Tabares. PREGUNTADO: Quién es Olga Tabares. CONTESTO: Es una señora que (sic) con quien tengo tres hijos, yo no vivo con ella pero no somos enemigos. PREGUNTADO: Si usted no tiene relación de convivencia con ella porque (sic) razón usted aparece como beneficiario de ella. CONTESTO: Como yo no tengo seguridad social ella me puso de beneficiario. PREGUNTADO: Cuanto hace que no vive con ella. CONTESTO: Hace por ahí tres años más o menos. PREGUNTADO: Con quien convive actualmente. CONTESTO: Leticia Durango de Góez, hace cuarenta y dos años.” (Subrayas no originales).

La Corte Constitucional ha destacado que la protección que se prodiga respecto de los beneficiarios del cotizante se basa exclusivamente en la acreditación adecuada de los vínculos familiares. Al respecto en sentencia SU.623/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil se estableció:

“Las disposiciones legales que determinan quienes son los beneficiarios del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud hacen referencia continua al concepto de familia, y dentro de ésta incluyen a “el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años”. Como se ve a partir de la simple lectura del título del artículo –“cobertura familiar”-, la expresión compañero o compañera permanente presupone una cobertura familiar (...)”.

En el mismo sentido, la Corte consideró que:

“El texto legal reconoce la posibilidad de que quien se afilia a una entidad promotora de servicios de salud – v.gr. una EPS –, pueda vincular a su compañero permanente. Sin embargo, ante esta eventualidad se debe cumplir con una serie de requisitos contenidos en la reglamentación posterior a la expedición de la Ley 100 y que, por esta razón, también son fuentes normativas que regulan el sustrato personal de las prestaciones relacionadas con el derecho a la seguridad social en salud. El grupo familiar del afiliado, cotizante o subsidiado a

quienes se extiende la cobertura, también está conformado por “la compañera o el compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años”. En términos operativos la constatación de estos requisitos supone el estudio por parte de la entidad de salud correspondiente dentro de un término prudencial, que es de 30 días”¹².

Así las cosas, resulta claro que si el accionante no reunía las condiciones exigidas por la ley para gozar de la prestación del Plan Obligatorio de Salud en el SGSSS, mal podría concederse el amparo solicitado, cuando el ISS ha actuado en cumplimiento de un deber legal, una vez agotado el procedimiento para sancionar posibles conductas irregulares que podrían afectar la sostenibilidad del sistema.

Ahora bien, aunque no obra en el expediente prueba que acredite que el ISS motivó la decisión mediante la cual se desafilió a la señora Tabares y su beneficiario -lo cual es una omisión probatoria del demandado si se tiene en cuenta que con la impugnación, la entidad demandada tuvo la oportunidad de aportar el acto administrativo correspondiente -, hay indicios de haberse adelantado la investigación respectiva, según manifestación realizada por la señora Tabares ante el ad quem (folio 28), de la cual se deriva que hubo consentimiento de aquella tanto para su desvinculación del Sistema y la del accionante, como para el pago de la correspondiente sanción.

Así las cosas, debe concluirse que si bien es cierto existe una vocación de permanencia en el Sistema de Seguridad Social para todos los habitantes del país, también lo es que los diferentes actores del mismo, deben cumplir sus obligaciones legales, para que este sea sostenible. Así, teniendo en cuenta que se encuentra probado que el señor Goez Zapata, no acató las reglas sobre afiliación en calidad de beneficiario, es claro que no puede exigirse a la entidad accionada la prestación de un servicio que no se encuentra legalmente obligada a brindar.

Decisiones similares han sido adoptadas por la Corte cuando se ha verificado la existencia de posibles irregularidades en el proceso de afiliación, señalando al respecto:

“4.3. Con base en estos elementos se aprecia que la decisión tomada por la EPS demandada se ciñe estrictamente a la ley, pues el desarrollo de los criterios de cobertura personal de un derecho prestacional, al definir a las personas que beneficia y la manera de obtener los beneficios garantizados, bien puede prever el cumplimiento de una serie de requisitos que

crean una carga que debe cumplir el individuo. En el caso del derecho prestacional a la seguridad social en materia de salud esta circunstancia se expresa en la formulación de una serie de condiciones para la vinculación al sistema que no resultan excesivamente gravosas para el particular, puesto que parten de la verificación de su status personal y su capacidad contributiva, y no restringen las posibilidades de ingreso al sistema, pues la legislación ha previsto diversas modalidades de ingreso que cubren necesariamente a los más desvalidos”¹³.

Con todo, ésta Sala no desconoce la situación particular de salud del accionante y la consiguiente necesidad de que se le brinde la atención asistencial que demanda, por lo que tal como se estableció en un evento similar revisado por la Corte¹⁴, debe indicarse al accionante que éste “puede acudir ante las entidades competentes que integran el sistema de seguridad social en salud para solicitar de ellas la atención y ayuda que su delicada situación demande. No puede olvidarse que junto al régimen contributivo que desarrolla la ley para garantizar el servicio y cobertura en materia de salud existen otros, entre ellos el subsidiado”¹⁵.

Más si se considera que el mismo artículo 14 del Decreto 047 de 2000 establece que las personas que han sido desafiliadas por una E.P.S. “podrán reingresar al Sistema General de Seguridad Social en Salud ostentando la calidad que realmente le corresponde ya sea como cotizante del régimen contributivo o como beneficiario del régimen subsidiado, previo cumplimiento de las normas de afiliación vigentes”.

En este orden de ideas, se confirmará la decisión del ad quem y se revocará el fallo de 30 de septiembre de 2003 proferida por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Medellín, por las razones expuestas en ésta providencia.

Finalmente, es necesario reiterar que en esta oportunidad no es procedente conceder el amparo solicitado, por la desafiliación actual del accionante respecto al SGSSS; pero no sobra advertir a la entidad demandada que las normas que autorizan la desafiliación de un trabajador del servicio doméstico que se encuentre en relación de subordinación laboral frente a su cónyuge o compañero permanente o de un pariente o familiar en el quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil (artículo 5 del Decreto 824 de 1988, artículo 13 del Decreto 047 de 2000), pueden resultar inconstitucionales según sea el caso

concreto, pues tal como lo señaló la Corte en sentencia T-730/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero, si existe una relación de dependencia entre las partes, no puede discriminarse al trabajador en razón a su patrono. Por lo tanto, en eventos similares, debe adelantarse el procedimiento administrativo correspondiente por parte de la E.P.S., a fin de determinar si materialmente existe una relación de trabajo o en cambio se trata de una modalidad a la cual acuden algunas personas para defraudar el Sistema.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR el fallo de 12 de noviembre de 2003 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y REVOCAR la sentencia de 30 de septiembre de 2003 proferida por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de la misma ciudad, por las razones expuestas en ésta providencia.

Segundo. Por Secretaria, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Sentencia T-730/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero

2 “Dice al respecto la Ley 100 de 1993”.

“Artículo 6.- Objetivos. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:

1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.
2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley.
3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

“El Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley” (subraya no original).

El criterio definido por el ingreso económico del usuario sirvió de base para la creación de los dos regímenes, el subsidiado y el contributivo (Cfr. artículo 157 de la Ley 100 de 1993), bajo los cuales debe estar amparada toda persona. No hay criterios adicionales que excluyan a unas personas o a un grupo de personas de alguno de esos regímenes en razón de su sexo u orientación sexual, a su vida privada, a su origen, a la opción de vida que hayan escogido, a su raza u otro criterio distinto al económico. Como ya se dijo, cuando existe capacidad de pago, el régimen al cual ha de afiliarse la persona es el contributivo (Cfr. artículo 202 de la Ley 100 de 1993); cuando no la hay, la ley lo protege por medio de un subsidio (Cfr. artículo 212 de la Ley 100 de 1993). Los dineros que ingresan al sistema por vía del régimen contributivo ayudan a financiar el régimen subsidiado, al cual no pueden pertenecer sino las personas de “la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana”.

3 “A este respecto, puede consultarse el artículo 152 de la Ley 100 de 1993 que al señalar el

objeto del sistema de seguridad social en salud apunta a la creación de “condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención””.

4 “Cfr. el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 sobre cobertura familiar”.

6 Sentencia C-800/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 El artículo 64 del Decreto 806 de 1998 establece como sanción la pérdida de antigüedad acumulada en los siguientes casos:

“a) Cuando un afiliado cotizante incluya a beneficiarios que deben ser reportados como cotizantes. En este evento perderán la antigüedad tanto el cotizante como los beneficiarios;

b) Cuando un afiliado se reporte como empleador sin realmente serlo o cuando es reportado, a sabiendas, con salarios inferiores al real. Para este efecto bastará la prueba sumaria;

c) Cuando un afiliado cotizante se afilie al régimen subsidiado sin tener el derecho correspondiente;

e) Cuando un trabajador independiente a través de actos simulados pretenda cotizar como trabajador dependiente, creando una vinculación laboral inexistente para todos los efectos legales;

f) Cuando se suspende la cotización al sistema por seis o más meses continuos, y

g) Cuando el afiliado cotizante o beneficiario incurra en alguna de las siguientes conductas abusivas o de mala fe:

1. Solicitar u obtener para sí o para un tercero, por cualquier medio, servicios o medicamentos que no sean necesarios.

2. Solicitar u obtener la prestación de servicios del sistema general de seguridad social en salud a personas que legalmente no tengan derecho a ellos.

3. Suministrar a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa, incompleta o engañosa.

4. Utilizar mecanismos engañosos o fraudulentos para obtener beneficios del sistema o tarifas más bajas de las que le corresponderían y eludir o intentar eludir por cualquier medio la aplicación de pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles”. (Subrayas fuera del texto original).

8 Sentencia C-800/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

9 Ibídem

10 “Free rider: Agente económico que no puede ser excluido del disfrute de un bien o servicio con independencia de que contribuya o no a sufragar sus costos (ausencia de exclusividad)”.

11 Esta disposición normativa también la establece el artículo 5 del decreto 824 de 1988.

12 Sentencia T-946/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

13 Sentencia T-946/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

14 Ibídem

15 Ibídem