

Sentencia T-797/08

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN EL AMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Principios orientadores

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Identificación de beneficiarios y afiliación.

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Personas sin capacidad de pago

SISBEN-Sistema de identificación de potenciales beneficiarios

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliación al Régimen Subsidiado y libertad de elección

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Mecanismos legales para hacer frente a los problemas de selección de riesgos

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Rechazo de solicitud de afiliación

El rechazo de una solicitud de afiliación comporta una violación del derecho a la igualdad de las personas, al tiempo que atenta contra los derechos a la salud, la libertad de escogencia, la autonomía individual y la dignidad humana, por lo que aparece como una situación censurable constitucionalmente por comportar, en principio, una selección de riesgos del administrador del sistema de salud. En estos escenarios, la autoridad administrativa, el juez ordinario o el juez de tutela que conozca del rechazo de la solicitud de afiliación conforme a los mecanismos legales desatados por el afectado, debe valorar con estricto detenimiento las pruebas presentadas por las partes, como quiera que, prima facie, el diseño institucional comprende de forma idónea un espectro amplio de situaciones que enfrentan los aseguradores, a las que acompaña instrumentos legales y reglamentarios para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema en el largo plazo, sin sacrificar la efectividad de los derechos de las personas, de manera que preliminarmente resulta inadmisibles el rechazo de una solicitud de afiliación, inclusive bajo el argumento de selección adversa.

CONTRATO DE REASEGURO EN ENFERMEDADES DE ALTO COSTO-Obligatoriedad

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-La incurabilidad o cronicidad de la enfermedad no es óbice para la continuación en la prestación del servicio médico

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Información al afiliado sobre posibilidad de atención en servicio no incluido en POS

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Libertad de escogencia del afiliado

ENTIDADES TERRITORIALES EN REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Deber de acompañamiento

Referencia: expediente T-1.780.253

Accionante:

Isaías Otálvaro Ríos

Demandado:

Coosalud ESS

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra -Santander-, dentro de la acción de tutela promovida por Isaías Otálvaro Ríos contra Coosalud ESS.

I. ANTECEDENTES

## 1. La Solicitud

El 3 de octubre de 2007, el señor Isaías Otálvaro Ríos instauró acción de tutela contra Coosalud ESS con el fin de obtener la protección de su derecho a la salud en conexidad con la vida, presuntamente vulnerado por la entidad accionada al rechazar la solicitud de afiliación que a favor del accionante promovió la Alcaldía Municipal de Cimitarra, en consideración de que el trámite adelantado no había atendido a la lista de priorizados que exige la ley, con lo que se incurría en un caso de selección adversa debido a la enfermedad de alto costo que el actor padece.

## 1. Hechos

A través de la Resolución No. 02 del 29 de mayo de 2006, la Alcaldía Municipal de Cimitarra incluyó al señor Isaías Otálvaro Ríos en la ARS Coosalud, en reemplazo de personas excluidas de ésta, según lo establecido en los Acuerdos 77 de 1997 y 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, dentro del contrato de la vigencia 01/04/2005 al 31/03/2006.

El 8 de agosto de 2006, Coosalud ESS informó al Alcalde Municipal de Cimitarra el rechazo de dicha solicitud por considerarse un caso de selección adversa, debido a que el actor padece una enfermedad de alto costo, cual es, insuficiencia cardiaca congestiva.

El accionante pretendió la atención médica por cuenta del SISBEN, servicio que fue negado por cuanto se encontraba afiliado al régimen subsidiado de Salud, de manera que solicitó su exclusión de dicho régimen para poder recibir la atención requerida.

Mediante Resolución No. 41 del 24 de septiembre de 2007, la Secretaría de Salud del Municipio de Cimitarra -Santander- excluyó del régimen subsidiado de salud al señor Isaías Otálvaro Ríos, atendiendo a su petición.

## 3. Fundamentos de la Acción

## 4. Oposición a la demanda de tutela

El 10 de octubre de 2007, Coosalud ESS dio contestación a la acción de tutela formulada en su contra manifestando que el accionante no es afiliado activo de dicha entidad y que si bien el Municipio de Cimitarra, mediante la Resolución No. 002 del 29 de mayo de 2006, pretendió la inclusión, entre otros, del actor a la EPS-S accionada, esta solicitud fue rechazada porque el acto administrativo referido era contrario a lo reglamentado para los nuevos ingresos, especialmente, por cuanto no existía una base de datos de priorizados y se trataba de un paciente diagnosticado con patología cardíaca de alto costo, circunstancia que lo ubica como una selección adversa.

Coosalud ESS señaló igualmente que la falta de elaboración de lista de priorizados por parte del municipio de Cimitarra y el padecimiento del actor, no permiten ubicarlo dentro de ninguna de las 8 prioridades establecidas reglamentariamente. En este sentido precisó que no desconoce los derechos que tiene el accionante pero que no puede cubrir las falencias de la administración municipal porque, de lo contrario, desconocería derechos adquiridos de otros afiliados.

De otra parte, la entidad demandada informó al juez de tutela que la administración municipal de Cimitarra expidió la Resolución No. 41 del 24 de septiembre de 2007 por medio de la cual excluyó al accionante del régimen subsidiado de salud por su propia voluntad, circunstancia que éste no puso de presente en el escrito de tutela. Así, Coosalud señala que con su actuación no ha violado los derechos fundamentales del actor por cuanto éste no es afiliado de dicha entidad ni es beneficiario del régimen subsidiado de salud.

#### 5. Pruebas que obran en el expediente

Las partes del proceso aportaron los siguientes documentos:

- \* Copia del Carné del SISBEN del señor Otálvaro Ríos Isaías (folio 2 - Cuaderno 1).
- \* Certificado de fecha 14 de agosto de 2007 expedido por la Alcaldía Municipal de Cimitarra en el que reporta como activa la afiliación del actor a Coosalud ESS (folio 3 - Cuaderno 1).
- \* Copia del oficio mediante el cual Coosalud ESS rechaza la solicitud de ingreso del accionante (folio 4 - Cuaderno 1).

\* Certificado de no afiliación expedido por Coosalud ESS respecto del accionante (folio 5 - Cuaderno 1).

\* Copia de Resolución No. 41 de 2007 por la cual la Alcaldía Municipal de Cimitarra excluye de la base de datos del régimen subsidiado al accionante (folio 24 - Cuaderno 1).

\* Certificación de la Secretaría de Salud Municipal de Cimitarra en relación con la existencia de una base de datos de priorizados (folio 27 - Cuaderno 1).

\* Copia de la Resolución No. 47 de 2007, por la cual se ingresa al actor a la EPS-S Saludvida (folios 36 a 37 - Cuaderno 2).

\* Copia de la Resolución No. 002 del 29 de mayo de 2006, por la cual se pretendió el ingreso del actor a Coosalud ESS (Folios 39 a 44 - Cuaderno 2).

## II. DECISIÓN ÚNICA DE INSTANCIA

Mediante providencia del 18 de octubre de 2008, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra -Santander- negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante como quiera que de acuerdo con los documentos allegados al expediente de tutela se tiene que el actor no se encuentra vinculado con la entidad accionada y que a partir del 24 de septiembre de 2007 se encuentra excluido del régimen subsidiado por voluntad del actor.

De esta forma, el juez de instancia advierte que la entidad demandada no pudo desconocer derechos al demandante en atención a que (i) entre ellos no existe una relación vigente, (ii) no se perfeccionó la afiliación, (iii) el actor no tiene carné que lo autorice a recibir servicios de Coosalud y (iv) no se tiene una historia clínica que dé cuenta de sus novedades en salud.

## III. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante Auto del 4 de abril de 2008 la Sala Cuarta de Revisión decidió vincular al proceso de tutela de la referencia a la Alcaldía Municipal de Cimitarra -Santander-, en atención a que dicha autoridad gestionó ante la EPS-S demandada la afiliación del actor al régimen subsidiado de salud. Adicionalmente, en dicha providencia, la Corte solicitó a la Alcaldía Municipal de Cimitarra y al señor Isaías Otálvaro Ríos información relevante para mejor

proveer en el caso concreto.

En atención a lo anterior, la Secretaría de Salud del municipio de Cimitarra manifestó a la Corte Constitucional que mediante Resolución No. 002 del 29 de mayo de 2006 ingresó al régimen subsidiado de salud al accionante, quien cumplía los requisitos para ser priorizado por pertenecer a la zona rural, ser adulto mayor y pertenecer al nivel uno del SISBEN. Además, en ese momento el cupo disponible estaba en la EPS-S Coosalud. Tres meses después esta EPS-S comunicó a la Secretaría el rechazo de la afiliación del actor por considerarlo selección adversa al no haber lista de priorizados y dada la enfermedad de alto costo que éste padecía.

Frente al rechazo de la afiliación, la Secretaría de Salud respondió a la EPS-S Coosalud que la inclusión del actor atendió a lo ordenado por el Acuerdo 194 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, la EPS-S no se manifestó al respecto y sólo hasta el segundo semestre del año 2007 se conoció que el ingreso fue negado.

La Secretaría de Salud Municipal de Cimitarra informó igualmente a esta Corporación que el accionante se acercó a solicitar atención a través del SISBEN la cual fue negada por cuanto éste contaba con afiliación al régimen subsidiado, de manera que, para poder recibir la atención médica que requería solicitó la exclusión de dicho régimen que fue concedida mediante Resolución No. 41 del 24 de septiembre de 2007. Sin embargo, el actor continuó como priorizado para la afiliación al régimen subsidiado y fue nuevamente ingresado a dicho régimen a través de la EPS-S Saludvida, mediante resolución No. 047 del 23 de Octubre de 2007.

#### 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.

##### 2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el presente caso, el accionante es una persona mayor de edad que actúa en defensa de sus derechos e intereses, razón por la cual se encuentra legitimado para presentar la acción.

## 2.2 Legitimación pasiva

A la luz de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la EPS-S Coosalud se encuentra legitimada por pasiva en el proceso de tutela de la referencia, por tratarse de un particular encargado de la prestación del servicio público de salud. Igualmente, de acuerdo con el artículo 5 de la misma norma, el Municipio de Cimitarra - Santander- está legitimado como parte pasiva en el presente proceso, dada su condición de autoridad pública.

## 3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la EPS-S Coosalud y/o la Alcaldía Municipal de Cimitarra - Santander- vulneraron los derechos a la seguridad social en salud y a la libertad de elección del señor Isaías Otálvaro Ríos, con motivo del rechazo que la primera hizo de la solicitud de afiliación al régimen subsidiado de salud que la segunda promovió a favor del accionante, y en atención a la dilación en la resolución de la controversia administrativa suscitada por la fallida afiliación y a la ulterior exclusión del actor del régimen subsidiado de salud que ejecutara la Alcaldía Municipal de Cimitarra.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala presentará el marco normativo del régimen subsidiado de salud destacando (i) sus principios orientadores, (ii) el proceso de identificación de beneficiarios y su afiliación al sistema; (iii) los mecanismos legales para hacer frente a los problemas de selección adversa y selección de riesgos, (iv) los deberes de acompañamiento, información e instrucción de las EPS-S y de las Secretarías de Salud respecto de los afiliados, y (v) el tratamiento de las enfermedades de alto costo.

De igual forma, la Sala tendrá en cuenta que, dentro del trámite de Revisión que adelanta esta Corporación, la Secretaría de Salud del Municipio de Cimitarra comunicó que en la actualidad el accionante se encuentra afiliado a la EPS-S Saludvida, circunstancia que se

valorará en el caso concreto para determinar si da lugar a la declaratoria de la existencia de un hecho superado.

#### 4. Marco Normativo del Régimen Subsidiado de Salud

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social en salud es un derecho irrenunciable de todas las personas y un servicio público de carácter obligatorio.

En su dimensión de derecho, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, no obstante estar íntimamente relacionado con la dignidad humana, es de naturaleza prestacional y asistencial, que no fundamental, en razón de que su goce efectivo no opera de forma inmediata sino que requiere de desarrollo legal y de la provisión de la estructura y los recursos adecuados para tal propósito<sup>1</sup>.

En su perspectiva de servicio público, la Carta dispone que la seguridad social en salud se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en colaboración con los particulares, conforme a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, progresividad, obligatoriedad, libertad de escogencia y sostenibilidad financiera, entre otros, en los términos que establezca la ley.

La Carta Política dotó al Congreso de la República de amplia libertad de configuración legislativa en materia de seguridad social, en desarrollo de la cual se expidió la Ley 100 de 1993 en la que se creó el Sistema de Seguridad Social Integral cuyo objetivo principal es procurar la calidad de vida acorde con la dignidad humana de todos los habitantes del territorio nacional, mediante la cobertura de las contingencias que menoscaben su salud y capacidad de generar ingresos económicos.

La Ley 100 de 1993 reguló, además de los sistemas de pensiones y riesgos profesionales y de los servicios sociales complementarios, el Sistema General de Seguridad Social en Salud que se rige, entre otros, por los principios que a continuación se desarrollan.

##### 4.1. Principios Orientadores del Sistema de Salud

- Eficiencia

De conformidad con la Ley 100 de 1993, el principio de eficiencia en la prestación del servicio

de seguridad social en salud comprende un uso óptimo de los recursos del sistema con el fin de otorgar de forma adecuada, oportuna y suficiente las prestaciones a que tengan derecho los afiliados. De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha señalado que de la materialización de dicho principio depende la efectiva garantía de la eficacia, la adecuada atención de los usuarios y la continuidad en la prestación de los servicios médicos<sup>2</sup>.

#### - Universalidad

La Corte Constitucional ha sostenido que el principio de universalidad implica la extensión paulatina de la cobertura a todos los habitantes del territorio nacional a través de un proceso igualitario en el que se proscriben las discriminaciones hacia sectores determinados de la población<sup>3</sup>. Se trata de un principio de desarrollo progresivo y programático que propende por la cobertura general del servicio de salud en todo el territorio nacional.

#### - Solidaridad

Como se ha sostenido por la Corte, el principio de solidaridad comporta la esencia y proyección del Estado Social de Derecho al imponer a todas las personas el deber de vincular su propio esfuerzo y actividad al beneficio o apoyo de otros asociados o a la realización del bienestar general<sup>4</sup>. En el mismo sentido, se ha establecido que dicho principio se materializa en la práctica de mutua ayuda entre las personas e incluso entre generaciones<sup>5</sup>, y que inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo<sup>6</sup>.

#### - Progresividad

El principio de progresividad implica el deber del Estado de procurar la materialización paulatina del derecho a la seguridad social en salud de todos los habitantes del territorio nacional, a la vez que contiene la prohibición, prima facie, de establecer medidas regresivas que limiten o retrocedan en el reconocimiento de los beneficios colectivos<sup>7</sup>. En la misma dirección, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que este principio hace alusión al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales prestacionales<sup>8</sup>.

#### - Obligatoriedad

El numeral segundo del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 dispone que la afiliación al Sistema de Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia, sin distinción de su capacidad económica. Efectivamente, la misma norma impone a los empleadores el deber de afiliar a sus trabajadores al sistema y al Estado el de facilitar la afiliación de quienes carezcan de vínculo laboral o, incluso, de capacidad de pago.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el establecimiento de esta carga en cabeza de los asociados no es arbitraria ni opuesta a la Carta Política, sino que, por el contrario, es desarrollo de principios superiores como los de solidaridad y responsabilidad, como quiera que no puede echarse de menos que de la inserción social del individuo derivan cargas y obligaciones ineludibles y, sobre todo, necesarias para el funcionamiento colectivo. En la misma dirección, la Corte ha establecido que la vida en sociedad implica restricciones tendientes a privilegiar intereses colectivos, las cuales en ocasiones consisten en la imposición de deberes cuyo efectivo cumplimiento puede exigirse coercitivamente, no obstante contrariar la voluntad individual<sup>9</sup>.

Adicionalmente, la afiliación obligatoria en el sistema de seguridad social, permite materializar los principios de solidaridad, sostenibilidad financiera, equidad y eficiencia, con lo que la cotización además de garantizar al afiliado el derecho a percibir diferentes beneficios, preserva el sistema en su conjunto<sup>10</sup>.

#### - Libertad de Escogencia

El numeral cuarto del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece la garantía a los usuarios de elegir libremente entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Esta garantía se encuentra contemplada, igualmente, en el numeral tercero del artículo 159 ejusdem, conforme a los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional.

Este principio orientador del Sistema de Salud es, a la vez, un derecho de los afiliados cuyo ejercicio efectivo garantiza la dignidad y autonomía individual, de manera que surge para el Estado el deber de garantizar un amplio grado de libertad para los individuos en el campo de la autodeterminación vital<sup>11</sup>.

De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la libertad de escogencia de que gozan los afiliados del sistema de salud desarrolla los principios de eficiencia y calidad que deben regir la prestación del servicio obligatorio de seguridad social, como quiera que en el marco de un modelo de libre competencia regulada en el que se desarrolla el sistema de salud, la libre elección de los agentes conduce a la reducción de costos y a la mejora en las condiciones de prestación de los servicios<sup>12</sup>.

En la misma dirección, la Corte Constitucional ha establecido que la libertad de escogencia en el sistema de salud constituye un derecho fundamental en conexidad con la libertad individual, la igualdad, la dignidad humana y la vida, a la vez que garantiza el derecho de acceso al servicio público de seguridad social en salud y permite materializar una prestación regular, continua, oportuna y eficiente de los servicios médicos que requieran los asociados<sup>13</sup>.

No obstante la estrecha relación de la libertad de escogencia con otros derechos fundamentales de las personas, no se trata de un derecho absoluto sino que, su ejercicio está sujeto a restricciones legales y reglamentarias, generalmente definidas en relación con el traslado de los usuarios entre entidades promotoras de salud que se dirigen a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Ahora bien, resulta claro que los administradores de los regímenes contributivo y subsidiado de salud no pueden erigir mayores barreras a la libertad de escogencia que las que legal y reglamentariamente se han definido, so pena de someterse a las sanciones que, conforme a la Ley 100 de 1993, puede imponer la Superintendencia Nacional de Salud. Es pertinente aclarar, finalmente, que de acuerdo con lo dispuesto en la norma en comento, las restricciones a la libertad de elección sólo operan en los supuestos en que las entidades promotoras de salud presten servicios en condiciones satisfactorias de calidad y eficiencia.

#### - Sostenibilidad Financiera

El principio de sostenibilidad financiera hace referencia al equilibrio que debe existir en el Sistema de Salud en relación con los ingresos y egresos de los agentes que participan en el mismo en los niveles de organización y dirección, aseguramiento y prestación de los servicios médicos. Con fundamento en este principio, el Estado debe armonizar la escasez de recursos del Sistema de Salud con las garantías de universalidad, progresividad e integralidad de los

servicios médicos, con el fin de definir escenarios óptimos de cobertura que paulatinamente deben converger al amparo pleno de la población colombiana.

El desarrollo de este principio impone a los administradores y prestadores del servicio de salud el deber de optimizar las condiciones de prestación de los servicios y a los usuarios la carga de hacer uso de los mismos con el mayor grado de responsabilidad y solidaridad social.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que lo relevante en el sistema de salud es que los recursos se destinen a la función propia de la seguridad social, siendo su finalidad específica la atención en salud de quienes lo requieran, para lo cual resulta relevante el equilibrio estructural del sistema. Dicho equilibrio se fundamenta en la relación Estado-EPS-Usuario y tiene como objetivo la garantía de la viabilidad del sistema en el largo plazo de manera que sea posible mantener en el tiempo la cobertura de las necesidades sociales<sup>14</sup>.

Los principios referidos irradian la prestación del servicio de salud en los regímenes contributivo y subsidiado que fueron creados por la ley, el primero para regular el vínculo de los afiliados con el sistema cuando aquél tiene origen en el pago de una cotización o un aporte económico financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador<sup>15</sup>, y el segundo para regir la relación con el sistema de aquéllos que la entablan a partir de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad<sup>16</sup>.

Como quiera que el problema jurídico que se deriva de la acción de tutela en revisión guarda relación con el régimen subsidiado de salud, a continuación se analizará sucintamente su funcionamiento y la forma en que se identifican los potenciales beneficiarios y se materializa su afiliación al sistema.

#### 4.2. Funcionamiento del Régimen Subsidiado de Salud: Identificación de Beneficiarios y Afiliación.

Según ya fue referido, el artículo 211 de la Ley 100 de 1993 define al régimen subsidiado como un conjunto de normas que rigen la vinculación al sistema de salud de aquellas personas sin capacidad de pago que acceden al mismo a través de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad. Por su parte, el artículo 212

ejusdem establece que el propósito de este régimen es el de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y a sus grupos familiares.

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 quienes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Acuerdo 244 de 2003, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, pueden recibir un subsidio total o parcial, según los criterios de identificación y priorización y a través del surtimiento del proceso en él establecido.

#### - Identificación de Potenciales Beneficiarios

Según el artículo 3 del Acuerdo 244 de 2003, la identificación es el procedimiento a través del cual las autoridades municipales, por medio de la encuesta del SISBEN, establecen los potenciales beneficiarios del régimen subsidiado de salud. El Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales - SISBEN17 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 preestablecidos.

Cualquier ciudadano puede pedir que le sea realizada la encuesta por primera vez e igualmente tiene derecho a pedir que ésta sea realizada nuevamente con el fin de actualizar la información. Existe, sin embargo, población especial cuya identificación se realiza mediante mecanismos alternativos a la encuesta SISBEN18, como es la población infantil abandonada, los indigentes, las personas en condiciones de desplazamiento forzado, las comunidades indígenas, la población desmovilizada, los núcleos familiares de las madres comunitarias, las personas de la tercera edad en protección de ancianatos y la población rural migratoria<sup>19</sup>.

Una vez identificada la población pobre y vulnerable a través de la encuesta SISBEN o de los mecanismos alternativos para la población especial, debe darse aplicación a los criterios de

priorización contemplados en el artículo 7 del Acuerdo 244 de 2003, que establece que los clasificados en los niveles 1 y 2 de la encuesta deben organizarse en orden de puntaje conforme a los siguientes grupos: 1. recién nacidos, 2. población del área rural, 3. población indígena, 4. población del área urbana. Adicionalmente, dentro de los grupos 2 a 3 deben priorizarse los potenciales afiliados en el siguiente orden: 1. Mujeres en estado de embarazo o período de lactancia que se inscriban en programas de control prenatal y postnatal, 2. niños menores de cinco años, 3. población con discapacidad identificada mediante la encuesta SISBEN, 4. mujeres cabeza de familia, según la definición legal, 5. población de la tercera edad, 6. población en condición de desplazamiento forzado, 7. núcleos familiares de las madres comunitarias, y 8. desmovilizados.

#### - Afiliación al Régimen Subsidiado

Tras la identificación y priorización de potenciales beneficiarios, toma lugar el proceso de afiliación que debe surtir conforme al principio de libertad de elección. De acuerdo con el artículo 12 del Acuerdo 244 de 2003, esta etapa inicia con la firma del Formulario Único de Afiliación y Traslado por parte de la cabeza del núcleo familiar, se perfecciona con la radicación del formulario y con la entrega del carné definitivo por la ARS20, y cobra vigencia a partir del primer día del nuevo período de contratación. Para efectos de perfeccionar la afiliación debe completarse el procedimiento establecido en el artículo 11 de la norma en cita.

Según prescribe el artículo 215 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 45 del Acuerdo 244 de 2003, las direcciones locales, distritales o departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las EPS que afilien a los beneficiarios, por el número de afiliados carnetizados para períodos de contratación de un año, comprendido entre el 1 de abril y el 31 de marzo prorrogable anualmente por dos años más, previo el trámite presupuestal pertinente. El artículo 46 del Acuerdo en referencia consagra la obligatoriedad de las EPS-S de suscribir contratos cuando los beneficiarios las hayan seleccionado.

Finalmente, el artículo 34 del Acuerdo 244 del CNSSS señala que durante la ejecución de un contrato, la entidad territorial podrá reemplazar los afiliados inicialmente contratados en las siguientes circunstancias: i) Por el fallecimiento del beneficiario, ii) por pérdida de la calidad de beneficiario del Régimen Subsidiado y iii) por la liberación de subsidios por efectos de

multiafiliación. En estos escenarios, los subsidios liberados deberán ser reemplazados conforme al siguiente orden: i) Recién nacidos de padres afiliados al régimen subsidiado, ii) recién nacidos de padres no afiliados al régimen subsidiado niveles 1 y 2 del SISBEN, iii) niños menores de un año no afiliados al régimen subsidiado niveles 1 y 2 del SISBEN, y iv) las demás categorías de priorizados.

## 5. Mecanismos Legales para Hacer Frente a los Problemas de Selección Adversa y Selección de Riesgos en el Sistema de Salud

A la prestación de los servicios de salud le es inherente un problema de información asimétrica que se concreta, por ejemplo, en las relaciones médico-paciente y EPS-afiliado, bajo el entendido de que el médico y la EPS, por un lado, poseen información técnica y científica que escapa de la capacidad de entendimiento de un consumidor promedio y, por el otro, el paciente/afiliado es el único que goza de información relevante para la prestación del servicio médico como es el riesgo ligado a sus actividades cotidianas, los antecedentes familiares, y las dolencias y sintomatologías presentadas a lo largo de su vida, entre otros.

Estos problemas de información, en un modelo de aseguramiento privado que se rige por las reglas de un mercado competitivo, pueden derivar en los fenómenos de selección adversa o de selección de riesgos. El primero, hace alusión al problema que se deriva de la información privilegiada que tienen los individuos sobre su estado de salud, y se concreta en que las personas que tienen peor condición de salud son las que con mayor probabilidad buscarán aseguramiento, mientras que aquéllas que gozan de buena salud probablemente no contratarán un seguro de enfermedad, con lo que las compañías de seguro afrontarán una selección sesgada o adversa de los clientes y, si basan sus primas en la incidencia media de los problemas de salud poblacional, seguramente obtendrán pérdidas y, en el largo plazo, quebrarán.

El segundo fenómeno que puede derivarse de la información asimétrica esto es, la selección de riesgos, hace referencia al comportamiento de las compañías de seguros de rechazar el aseguramiento de aquellos pacientes con un elevado riesgo de enfermarse o ya enfermos.

Si bien, como quedó dicho, estos problemas se presentan en modelos de aseguramiento privado y, en principio, escapan de los sistemas de asistencia pública en los que el seguro es obligatorio, es posible que en modelos intermedios en que converjan la libertad de mercado

con la regulación del Estado se presente alguno de estos fenómenos.

Este es el caso del sistema de salud en Colombia, en el que si bien la afiliación de todos los habitantes del territorio nacional es obligatoria, lo cual, en principio excluye los problemas derivados de la asimetría de la información, la prestación de los servicios se hace a través de un modelo de libre competencia regulada en el que concurren entidades públicas y privadas y que se rige, entre otros, por el principio de libertad de escogencia.

Dado el reconocimiento de la potencial incidencia de los problemas de asimetría de información en el modelo de afiliación obligatoria y de prestación de servicios en un mercado de competencia regulado, el Estado colombiano, por medio de la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, determinó un conjunto de instrumentos con los propósitos de (i) permitir una distribución más equitativa del riesgo entre las entidades promotoras de salud, disminuyendo así el impacto de la selección adversa, y (ii) garantizar a los usuarios de los servicios médicos el acceso al sistema de salud y la libertad de escogencia de EPS, para corregir los efectos distorsionadores de la eventual selección de riesgos en que incurrieran los administradores del sistema.

En primer lugar, la definición de los principios de universalidad, obligatoriedad y equidad como parámetros rectores del sistema de salud proporciona a los usuarios la garantía de acceso progresivo a los servicios de salud sin que resulte constitucionalmente admisible ningún tipo de discriminación por la complejidad y costo de los tratamientos que requieran los usuarios para atender las enfermedades que padezcan, fuera de las establecidas legalmente en relación con las limitaciones a los traslados entre EPS y con períodos de carencia -que en ningún momento se traducen en la negación de los servicios de salud, sino en la concurrencia del paciente en su financiación a través de pagos compartidos-.

Sobre el particular, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece, en relación con el principio de equidad, que el Sistema de Salud proveerá servicios médicos de forma progresiva a todos los habitantes del territorio nacional, independientemente de su capacidad de pago o de su nivel de riesgo, para lo cual ofrecerá mecanismos de financiación para la población más pobre y vulnerable y mecanismos para evitar la selección adversa.

De otra parte, la definición de la unidad de pago por capitación (UPC) constituyó uno de los instrumentos de regulación más poderosos para evitar la selección adversa y la selección de

riesgos, como quiera que las administradoras de los regímenes contributivo y subsidiado de salud reciben por cada persona afiliada un valor definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ajustado en función del perfil epidemiológico de la población afiliada, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, en un intento de homogeneizar los riesgos y lograr la simetría de la información dentro del sistema.

En el mismo sentido, los mecanismos de compensación inter e intra regímenes coadyuvan a la neutralización de la selección adversa, como quiera que dentro del régimen contributivo opera una compensación entre UPC superavitarias y deficitarias de manera que aquéllas que resultan superiores al costo efectivo del tratamiento de algunos afiliados compensan las UPC insuficientes para asumir los gastos que demandan las patologías de otros usuarios por medio de la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía (artículo 220 de la Ley 100 de 1993). De igual forma, el sistema de salud presenta un mecanismo de compensación entre los regímenes contributivo y subsidiado que opera a través de la subcuenta de solidaridad del Fosyga.

Igualmente, con el fin de evitar la selección adversa y de mantener el equilibrio financiero de las administradoras del régimen de salud, el Estado excluyó de la Unidad de Pago por Capacitación, la financiación de ciertos servicios como son los eventos catastróficos, los accidentes de trabajo, los riesgos profesionales y los accidentes de tránsito, las licencias de maternidad y las incapacidades por enfermedades o accidentes comunes, que son financiados con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía.

En lo que guarda relación con los pacientes que padecen enfermedades de alto costo, el Sistema de Salud contempla estrategias para evitar la selección adversa que perjudica la sostenibilidad financiera del sistema y la selección de riesgos que atenta contra los derechos de acceso y de libertad de escogencia de los usuarios. Tales estrategias comprenden (i) el ajuste de la Unidad de Pago por Capacitación para pacientes con enfermedades de alto costo<sup>21</sup>, (ii) la imposición en cabeza de las administradoras de la obligación de suscribir contratos de reaseguro para el cubrimiento de los riesgos derivados de la atención de enfermedades de alto costo<sup>22</sup>, (iii) la restricción a la movilidad de los pacientes de alto costo<sup>23</sup>, (iv) el diseño de un mecanismo de redistribución de los afiliados que padecen de enfermedades de alto costo entre las diferentes EPS para evitar su concentración<sup>24</sup> y (v) la

asunción de políticas de prevención de enfermedades de alto costo<sup>25</sup>.

Por otra parte, con el fin de evitar la selección adversa y la selección de riesgos, el Estado exige a las EPS que acrediten periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados, de manera que se logre la afiliación de personas de todos los estratos sociales y de diferentes grupos de riesgo. Adicionalmente, el legislador prohibió la aplicación de preexistencias, a la vez que proscribió del sistema la posibilidad de rechazar las solicitudes de afiliación de los interesados, con lo que garantiza el derecho de acceso al sistema de salud.

Ahora bien, para la afiliación de potenciales beneficiarios al régimen subsidiado de salud se definió un procedimiento que debe cumplirse para evitar la selección adversa. Concretamente, el Capítulo II del Acuerdo 227 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud establece los “Mecanismos para evitar la selección adversa de usuarios,

en el régimen subsidiado”, cuales son, (i) un listado de priorizados que debe actualizarse al menos dos veces al año y presentarse a todas las EPS-S cuya adecuación con las reglas de potenciales beneficiarios será objeto de vigilancia y control por parte de la personería municipal o distrital, y (ii) períodos mínimos de permanencia de afiliados a las EPS-S, cuando éstos hayan sido atendidos por enfermedades ruinosas o catastróficas.

Conforme con las herramientas legales y reglamentarias enunciadas anteriormente, la Sala concluye que, en principio, no es dado a una entidad promotora de salud rechazar la solicitud de afiliación de una persona bajo el argumento de que su aceptación constituye una selección adversa, como quiera que el Régimen de Seguridad Social ha diseñado instituciones de salvamento para asegurar la estabilidad financiera de los administradores y el acceso indiscriminado de los habitantes del territorio nacional al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, en caso de que una administradora de los regímenes contributivo o subsidiado de salud considere que la afiliación de un paciente de alto costo amenaza su sostenibilidad financiera y constituye una carga desproporcionada para su normal funcionamiento, por lo que, en consecuencia, pretenda rechazar la solicitud de afiliación de una persona por tratarse de una selección adversa, deberá demostrar rigurosamente que todos los mecanismos institucionales referidos anteriormente resultan insuficientes para hacer frente a los efectos perversos de dicha vinculación y que, previamente ha objetado la lista de priorizados como

dispone el parágrafo del artículo 10 del Acuerdo 227 de 2002 del CNSSS y que ha elevado la correspondiente queja ante la personería municipal o distrital.

En efecto, el rechazo de una solicitud de afiliación comporta una violación del derecho a la igualdad de las personas, al tiempo que atenta contra los derechos a la salud, la libertad de escogencia, la autonomía individual y la dignidad humana, por lo que aparece como una situación censurable constitucionalmente por comportar, en principio, una selección de riesgos del administrador del sistema de salud. En estos escenarios, la autoridad administrativa, el juez ordinario o el juez de tutela que conozca del rechazo de la solicitud de afiliación conforme a los mecanismos legales desatados por el afectado, debe valorar con estricto detenimiento las pruebas presentadas por las partes, como quiera que, prima facie, el diseño institucional comprende de forma idónea un espectro amplio de situaciones que enfrentan los aseguradores, a las que acompaña instrumentos legales y reglamentarios para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema en el largo plazo, sin sacrificar la efectividad de los derechos de las personas, de manera que preliminarmente resulta inadmisibile el rechazo de una solicitud de afiliación, inclusive bajo el argumento de selección adversa.

## 6. Protección Especial para los Pacientes con Enfermedades de Alto Costo

De acuerdo con una interpretación armónica de los principios de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional ha establecido el deber del Estado de brindar protección especial a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, conforme a la garantía del derecho a la salud y a la protección reforzada que, en el marco de nuestro Estado Social de Derecho, merecen las personas que, por disminución de sus capacidades físicas o mentales, se encuentran en estado de debilidad manifiesta<sup>26</sup>.

El artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994 define las enfermedades catastróficas o ruinosas como aquéllas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, escasa ocurrencia y un mínimo costo-efectividad. Por su parte, el artículo 17 ejusdem define su tratamiento como aquél caracterizado por tener un bajo costo-efectividad en la modificación del diagnóstico y un alto costo; adicionalmente la Resolución en referencia enumera las actividades de alto costo incluidas en el POS para el régimen contributivo, mientras que el Acuerdo 72 de 1997 señala las correspondientes al régimen subsidiado.

El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece la obligatoriedad del reaseguro con lo que se orientó la política de manejo de las enfermedades de alto costo. Conforme a esta norma se garantiza el cubrimiento integral de las prestaciones definidas en el POS y se evita la selección adversa de los riesgos costosos por parte de las EPS.

La Corte Constitucional ha establecido que el carácter incurable de algunas de las enfermedades calificadas como catastróficas, no implica que quienes las sufran carezcan de amparo constitucional y de garantía en la aplicación de tratamientos médicos. En este sentido, se ha sostenido que la incurabilidad o cronicidad de la enfermedad no es óbice para la continuación en la prestación del servicio médico<sup>27</sup> que, si bien en el caso de algunas enfermedades ruinosas no propende por el restablecimiento de la salud del paciente, sí procura la minimización del padecimiento y la dignificación de la vida humana.

De esta forma, el Estado debe garantizar a las personas que padecen enfermedades de alto costo la realización continua de tratamientos médicos en condiciones adecuadas, para lo cual, la Ley 100 de 1993 dispone en su artículo 162 que todas las EPS deben reasegurar los riesgos derivados de la atención de enfermedades calificadas como de alto costo por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, obligación que se reitera en el artículo 38 del Decreto 1938 de 1994 y el artículo 17 del Decreto 5261 de 1994, con lo que, en principio, no es dado a las administradoras de los regímenes contributivo y subsidiado abstraerse de la obligación de prestar un tratamiento integral a los pacientes de alto costo, bajo argumentos de desequilibrio financiero, porque el sistema de salud está diseñado para soportar las cargas económicas que implica la asunción del mismo.

## 7. Deberes de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y de las Autoridades Territoriales en Relación con las Personas Afiliadas y Vinculadas

De acuerdo con el artículo 4º del Decreto 2357 de 1995, compete a los departamentos, municipios y distritos, entre otras funciones, dirigir el régimen subsidiado de salud, apropiarse de 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, 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, y asegurar y financiar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación del primer nivel de atención de la salud de la comunidad<sup>28</sup>.

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<sup>29</sup>.

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. 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<sup>30</sup>.

En el Régimen Subsidiado de Salud operan las Empresas Promotoras de Salud (EPS-S) que 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 Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, de acuerdo con el 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 en la organización del régimen subsidiado de salud y que, por tanto, coadyuvan al cumplimiento de los cometidos estatales en dicha materia. 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 público a través del cual asignen el gasto social a los grupos poblacionales más pobres y vulnerables<sup>31</sup>.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que, frente a la complejidad de la reglamentación del régimen subsidiado, las autoridades territoriales y las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado deben asumir un papel pedagógico de información, instrucción y orientación de los afiliados al sistema de salud para que se facilite la utilización efectiva de los servicios de salud<sup>32</sup>.

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido una serie de obligaciones de información y coordinación en cabeza de las autoridades territoriales y las EPS-S con el fin de hacer efectivos los derechos fundamentales de los afiliados al régimen subsidiado de salud y los vinculados del sistema, de manera que la complejidad reglamentaria del mismo no constituya una barrera de acceso a los servicios médicos requeridos.

Así, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido, por vía de ilustración, que las EPS-S no pueden limitarse a negar el suministro de un medicamento o la práctica de un tratamiento por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud, sino que tienen el deber de implementar un proceso de información y acompañamiento con el fin de orientar a los usuarios sobre las alternativas de que disponen para acceder a la prestación de tales servicios médicos<sup>33</sup>.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha establecido que el deber de acompañamiento y orientación no sólo se presenta del lado de las EPS-S, en relación con información relevante que deben ofrecer a los usuarios para la efectividad de sus derechos, sino que se da, igualmente, del lado de las autoridades territoriales, quienes tienen la obligación de acompañar a las personas desde el momento en que se realiza la encuesta SISBEN, hasta la efectiva afiliación a una EPS-S y durante toda la vigencia de la afiliación, con el ánimo de permitir a los usuarios un goce real y efectivo del derecho a la salud y una utilización óptima de los servicios prestados.

## 8. Caso Concreto

De acuerdo con el relato de las partes y en atención a las pruebas que reposan en el expediente, se tiene que Coosalud ESS rechazó la solicitud de afiliación que a favor del accionante promovió la Alcaldía Municipal de Cimitarra, en consideración de que el trámite

adelantado no había atendido a la lista de priorizados que exige la ley, con lo que se incurría en un caso de selección adversa debido a la enfermedad de alto costo que el actor padece.

De igual forma, la Corte encuentra acreditado que, ante la necesidad de atención médica, el actor solicitó su exclusión del régimen subsidiado de salud para poder ser atendido como usuario vinculado, petición que fue despachada favorablemente por parte de la administración municipal de Cimitarra. Finalmente, la Sala halla demostrado que el Municipio de Cimitarra tramitó nuevamente la afiliación del accionante frente a la EPS-S Saludvida, respecto de la cual no se presentó ninguna oposición.

Conforme con los supuestos fácticos referidos, la Sala considera que la amenaza del derecho a la salud del actor, que representó el rechazo de su solicitud de afiliación, se encuentra superada como quiera que a partir del 24 de septiembre de 2007 y con motivo de la exclusión del régimen subsidiado de salud que la Secretaría de Salud municipal de Cimitarra hiciera respecto del actor, éste pudo acceder a la atención médica requerida como participante vinculado y que, en la actualidad, goza de afiliación con la EPS-S Saludvida.

No obstante que la anterior conclusión conduce a la Corte a considerar la existencia de un hecho superado en lo que guarda relación con la violación del derecho a la salud, es pertinente hacer algunas reflexiones adicionales sobre la materia, en atención a que el reestablecimiento de este derecho, materializado en el acceso efectivo del actor al sistema de seguridad social en salud, no se produjo como consecuencia de la aceptación de la solicitud de afiliación por parte de la EPS-S demandada sino que obedeció a una gestión alternativa del Municipio de Cimitarra, por lo que es pertinente que la Sala dilucide en el caso concreto el alcance de los principios de libertad de escogencia, universalidad, obligatoriedad y universalidad, así como el cumplimiento de los deberes asignados constitucional y legalmente a las administradoras del régimen subsidiado y a las autoridades territoriales, con el fin de verificar si persiste la violación de la libertad de elección de EPS-S.

#### \* Libertad de Escogencia

De acuerdo con los hechos acreditados en el expediente de tutela se tiene que la EPS-S Coosalud negó la afiliación del actor al régimen subsidiado de salud bajo el argumento de que la Alcaldía Municipal de Cimitarra había omitido la sujeción a una lista de priorizados, con lo que se producía una selección adversa. Por su parte, la Secretaría de Salud Municipal de

Cimitarra señaló que el trámite de afiliación se había ajustado a la normatividad que rige la materia y que los usuarios cuya inclusión se ordenó a la accionada correspondían a los potenciales beneficiarios identificados y priorizados conforme a la base de datos que administra dicha autoridad local.

En relación con esta controversia administrativa la Sala considera que, si bien la EPS-S demandada adujo que la negativa en la afiliación no respondía a una discriminación del potencial beneficiario en función de la enfermedad de alto costo que padece sino a la imposibilidad de concretarla merced a la ausencia de un listado de priorizados, resulta desproporcionado trasladar la carga de la presunta irregularidad administrativa al accionante, máxime cuando existen escenarios en los que la accionada podía procurar la solución del problema sin afectar los derechos fundamentales del accionante, como es la queja que puede elevar ante la personería municipal, que según el artículo 10 del Acuerdo 227 de 2002 es la autoridad encargada de la vigilancia y control del cumplimiento de los trámites fijados para la afiliación de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud.

En el mismo sentido, la Sala encuentra que de una interpretación armónica de la normatividad que rige la afiliación de los potenciales beneficiarios del régimen subsidiado, se desprende que (i) las EPS-S tienen la obligación de suscribir contratos con las entidades territoriales cuando quiera que los interesados las elijan, (ii) las EPS-S no pueden erigir mayores barreras que las legales al principio de libertad de escogencia, (iii) las autoridades territoriales tienen la facultad de reemplazar los afiliados inicialmente contratados en las circunstancias de ley, y (iv) se encuentra prohibido el rechazo de una solicitud de afiliación, de manera que no resulta excusable el comportamiento de la entidad demandada máxime cuando con su actuación comprometió el derecho a la salud en conexidad con la vida del actor que dado su padecimiento de alto costo requiere de atención continua, eficiente y de calidad, a la vez que desconoció la existencia de mecanismos institucionales para evitar la selección adversa.

En punto de la presunta selección adversa en que incurriría la entidad demandada con motivo de la ausencia de lista de priorizados, la Sala ha establecido que, dada la amplia regulación que el Estado ha realizado sobre la materia con el fin de prevenir los desequilibrios de la ecuación financiera de las entidades promotoras de salud, es deber de éstas apelar a los mecanismos contemplados en la ley para reparar los desajustes que la

vinculación de un enfermo de alto costo implique para su desempeño económico y que, sólo en los casos en que se demuestre rigurosamente que éstos resultan insuficientes para reparar la carga que soporta la entidad, es posible considerar la ocurrencia de una selección adversa y entrar a contemplar mecanismos extraordinarios para su reparación sin que, en todo caso, ello pueda afectar la garantía de acceso al sistema de salud de las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas.

De otra parte, en relación con el argumento alegado por la entidad accionada, en el sentido de que la aceptación de la solicitud de afiliación del accionante desconocería derechos adquiridos de los afiliados a la EPS-S demandada, la Sala considera que el mismo es contrario a la realidad, habida cuenta que la pretendida inclusión del actor y de otras personas a dicha entidad no correspondía a la ampliación de cupos que pudieran comprometer los recursos destinados a los afiliados activos, sino al reemplazo de los cupos que quedaron vacantes como consecuencia de la exclusión de 71 personas afiliadas, en razón de su cambio de domicilio, salida del territorio, traslado al régimen contributivo o fallecimiento.

Ahora bien, si en gracia de discusión se sostuviera que a una EPS-S le es dado rechazar una solicitud de afiliación cuando advierte irregularidades en el trámite que adelanta la autoridad administrativa, la Sala encuentra que en el caso concreto no existe certeza sobre las deficiencias en el proceso adelantado por la Alcaldía Municipal de Cimitarra por lo que resulta deficiente el alegato de la entidad demandada.

En efecto, en sede de tutela la EPS-S Coosalud y la Alcaldía Municipal de Cimitarra ofrecieron versiones contrapuestas respecto de la existencia de una lista de priorizados. No obstante que la resolución de esta controversia escapa del resorte de competencia del juez constitucional, la Corte considera que existen elementos para hallar razón en la versión de la Alcaldía de Cimitarra, en la medida en que la afiliación del accionante consistía en el reemplazo de un beneficiario por otros que se excluían conforme a la ley, lo cual supone la vigencia de un contrato suscrito entre el municipio de Cimitarra y Coosalud ESS, que a su vez implica la existencia previa de una lista de priorizados que debió allegarse a esta última entidad en el período de contratación y que debió actualizarse por lo menos una vez dentro de la vigencia del contrato.

Como quiera que Coosalud no denunció ante la personería municipal alguna irregularidad en

este trámite ni objetó en su momento el listado de priorizados, la Corte concluye que para el momento de la contratación existía este documento que soportaba la afiliación y que a él se sujetó el trámite de afiliación del accionante.

Aunado a lo anterior, la Corte considera que las siguientes razones permiten colegir que el trámite surtido para lograr la afiliación del accionante a la EPS Coosalud se ajustó a los procedimientos de ley: (i) Para proferir la Resolución No. 002 del 29 de mayo de 2006 se consideró: “Que se hace necesario reemplazar los cupos que quedaron vacantes que se encuentran en el Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales SISBEN 2 del Municipio de Cimitarra en los niveles 1 y 2 de conformidad con la base de priorizados del Municipio”<sup>34</sup> (Subraya fuera de texto), (ii) en el artículo segundo de la Resolución en comento se ordenó la inclusión de 72 personas a la EPS-S Coosalud, de acuerdo a la lista de priorizados del municipio, en la que se incluyeron personas en las siguientes categorías: menores de un año de padres afiliados, tercera edad y desmovilizados, y (iii) no es dado a la EPS-S demandada desconocer que el accionante cumple con los requisitos para tener afiliación prioritaria al régimen subsidiado de salud, en atención a que se trata de una persona de 74 años de edad, perteneciente a la zona rural y ubicado en el nivel uno del SISBEN.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala tutelaré la libertad de elección del accionante y ordenará a la Secretaría de Salud Municipal de Cimitarra que, en el momento en que exista disponibilidad de cupos en la EPS-S Coosalud se ofrezca al accionante la posibilidad de afiliarse a esta entidad y que si éste así lo dispusiere, se tramitara su efectiva afiliación sin que quepa oposición. El actor, sin embargo, si así lo prefiere, podrá permanecer en la EPS-S Saludvida.

De igual forma, la Sala compulsará copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro de sus competencias legales y reglamentarias, adelante las actuaciones pertinentes respecto de Coosalud ESS, en relación con el rechazo que hizo de la solicitud de afiliación del señor Isaías Otálvaro Ríos y para que, en caso de que encuentre mérito, imponga las sanciones de ley.

\* Universalidad, Obligatoriedad y Progresividad

Especial atención merece la decisión de la Alcaldía Municipal de Cimitarra de excluir del régimen subsidiado de salud al accionante bajo la simple consideración de que el actor elevó una decisión en tal sentido, como quiera que para la Corte tal actuación contraviene los principios de universalidad, obligatoriedad y progresividad del Sistema de Salud.

En efecto, la Sala considera que la exclusión del régimen subsidiado de salud de un afiliado sin que éste se haya vinculado al régimen contributivo, constituye una medida regresiva que atenta contra el derecho de acceso al servicio de salud, desconoce el principio de universalidad y libera injustificadamente al municipio de la obligación de asumir la cotización subsidiada del usuario del servicio.

En sede de Revisión, la Secretaría de Salud Municipal de Cimitarra explicó que la decisión se tomó con el fin de garantizar al señor Isaías Otálvaro Ríos la atención médica requerida, como quiera que en la situación en que se encontraba no era posible atenderlo como participante vinculado porque pertenecía al régimen subsidiado, pero tampoco podía ser atendido dentro del mismo porque su afiliación había sido rechazada.

No obstante aceptar como loable el propósito de la medida, la Corte advertirá a la Alcaldía Municipal de Cimitarra que no vuelva a incurrir en actuaciones que comprometan la progresividad, universalidad, obligatoriedad y demás principios rectores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto ello además de desconocer deberes constitucional y legalmente asignados a las autoridades territoriales, afecta la garantía del derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional.

La Sala considera, adicionalmente, que la Alcaldía Municipal de Cimitarra contaba con mecanismos legales para hacer efectivo el cumplimiento de su decisión de vincular al accionante a la EPS-S Coosalud, sin que resulte admisible constitucionalmente que frente a un problema administrativo o ante la renuencia de un particular en el cumplimiento de una orden de una Autoridad Local, se adopte la decisión de disminuir en los derechos a las personas, desconocer derechos adquiridos y adoptar medidas regresivas en cuanto a la cobertura universal del servicio de salud.

\* Deber de Acompañamiento de las EPS-S y de las Autoridades Territoriales

Finalmente, la Sala considera que tanto la EPS-S Coosalud como el Municipio de Cimitarra incumplieron el deber de acompañamiento que se deriva de una interpretación armónica de la Constitución Política, como quiera que (i) la primera rechazó la solicitud de afiliación del accionante sin posteriormente atender a la respuesta de la Alcaldía Municipal de Cimitarra, con lo que dejó pendiente el trámite de afiliación del actor comprometiendo sus derechos a la salud, la vida y la dignidad humana, y (ii) la segunda no adelantó las actuaciones tendientes a garantizar la efectiva afiliación del accionante al régimen subsidiado de salud, prueba de lo cual es la confesión de no haber conocido del caso desde que la EPS-S Coosalud rechazó la afiliación (8 de agosto de 2006) hasta mediados del segundo semestre del año 2007<sup>35</sup>, actuación que, sin duda repercutió negativamente en la efectividad del derecho a la salud del actor. Adicionalmente, la Corte encuentra que el 14 de agosto de 2007 la Alcaldía Municipal de Cimitarra certificó que el actor tenía afiliación activa a la EPS-S Coosalud, no obstante que la solicitud de vinculación había sido rechazada desde agosto de 2006, circunstancia que denota la ausencia de acompañamiento a personas que, por su nivel económico, social y cultural merecen mayor protección, orientación e información por parte de las autoridades colombianas para la efectividad de sus derechos.

Por lo anterior, la Sala advertirá a la EPS-S Coosalud y a la Alcaldía Municipal de Cimitarra que, en adelante cumplan con el deber de acompañamiento de los afiliados al régimen subsidiado de salud. Concretamente, se ordenará a la Alcaldía de Cimitarra que adelante una gestión de acompañamiento e información al señor Isaías Otálvaro Ríos y que rinda informe al juez de tutela sobre el estado de la afiliación del accionante, precisando si ha recibido atención médica por parte de las instituciones que tienen convenio con la EPS-S SaludVida.

## V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

SEGUNDO: REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra -Santander- por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la existencia de un hecho superado, en lo que guarda relación con la

vulneración del derecho a la salud del accionante.

CUARTO: TUTELAR la libertad de elección del accionante y, en consecuencia, ordenar a la Secretaría de Salud Municipal de Cimitarra que, en el momento en que exista disponibilidad de cupos en la EPS-S Coosalud, se ofrezca al accionante la posibilidad de afiliarse a esta entidad y que si éste así lo dispusiere, se tramite su efectiva afiliación sin que quepa oposición.

QUINTO: COMPULSAR copias del expediente contentivo del presente proceso de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro de sus competencias legales y reglamentarias, adelante las actuaciones pertinentes respecto de Coosalud ESS, en relación con el rechazo que hizo de la solicitud de afiliación del señor Isaías Otálvaro Ríos y para que, en caso de que encuentre mérito, imponga las sanciones de ley.

SEXTO: ADVERTIR a la Alcaldía Municipal de Cimitarra -Santander- (i) que no vuelva a incurrir en actuaciones que comprometan la progresividad, universalidad, obligatoriedad y demás principios rectores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la exclusión de un afiliado del régimen subsidiado sin garantizar su cobertura por el régimen contributivo de salud y (ii) que, en adelante, cumpla con el deber de acompañamiento de los afiliados al régimen subsidiado de salud.

SÉPTIMO: ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Cimitarra -Santander- que respecto del señor Isaías Otálvaro Ríos adelante una gestión de acompañamiento y que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, informe al juez de tutela sobre el estado de la afiliación del accionante, precisando si ha recibido la atención médica requerida por parte de las instituciones que tienen convenio con la EPS-S SaludVida.

OCTAVO: ADVERTIR a Coosalud ESS que, en adelante, cumpla con el deber de acompañamiento de los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, proveyendo la información necesaria para la efectiva realización del derecho a la salud.

NOVENO: 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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Corte Constitucional, Sentencia SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Corte Constitucional, Sentencia T-309 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

5 Corte Constitucional, Sentencia C-1054 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-550 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

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

8 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-663 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

10 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-967 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-207 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

12 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-10 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-247 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

14 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 Ley 100 de 1993, artículo 202.

16 Ley 100 de 1993, artículo 211.

17 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.

18 Según el artículo 4 del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS, para la identificación de la población especial, entidades determinadas como el ICBF, la Alcaldía Municipal y la Red de Solidaridad Social, entre otras deben realizar los listados pertinentes.

20 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”.

21 Acuerdos 217 de 2001 y 227 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Sobre esta norma dijo la Corte, en Sentencia T-10 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “Luego de varios años (en 2001) y ante la evidencia de que la restricción impuesta por el Decreto 1485 de 1994 era una herramienta insuficiente para controlar la concentración de los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) adoptó una nueva medida para solucionar el problema. Modificó el cálculo según el cual se establece el monto de dinero que debe entregar el administrador de

los recursos del Sistema a las EPS y ARS, a título de cada una de las personas afiliadas, de tal forma que se tenga en cuenta “la desviación del perfil epidemiológico”. Esta segunda medida apuntó a la solución de los efectos inmediatos del problema, pues no pretende redistribuir los costos “altos” dentro del Sistema, sino reconocer la inequidad existente actualmente y tenerla en cuenta como un criterio para la distribución de los recursos (Acuerdos 217 y 227 de 2001 y 2002, respectivamente, del CNSSS)”,

22 Ley 100 de 1993, artículo 162.

23 Decreto 1485 de 1994, artículo 14.

24 El Acuerdo 245 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, establece la política de atención integral de patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS. La política de alto costo de que trata el presente Acuerdo, tendrá los siguientes componentes: i) Redistribución del riesgo, ii) El control de la selección del riesgo, iii) El Modelo de atención, iv) Vigilancia Epidemiológica.

25 Acuerdo 245 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

26 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

27 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-020 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

28 Artículo 2-2 de la Ley 60 de 1993.

29 Artículo 6-6 de la Ley 60 de 1993.

30 Artículo 4-2 de la Ley 60 de 1993.

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

32 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-1304 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

33 Cfr. Corte Constitucional, T-261 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

34 Cuaderno 2, folio 39.

35 Cuaderno 2, Folio 35.