

Sentencia T-856/12

ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Caso en que EPSS niega cirugía argumentando que es un servicio no incluido en el POS

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Criterios constitucionales para acceder a servicios no POS

La Corte ha desarrollado subreglas jurisprudenciales en donde se ha considerado que, aun cuando el servicio o medicamento se encuentre excluido de los planes obligatorios, si se cumplen ciertos requisitos, las EPS(S) deberán proveerlos, en aras garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. Tienen la obligación de autorizarlos, siempre y cuando del estudio de las circunstancias particulares del paciente se evidencie que (i) si no se autoriza el servicio de salud pedido se pone en riesgo su vida o se desmejoran sus condiciones de salud; (ii) no existe dentro del POS o POSS otro medicamento, tratamiento o procedimiento con el mismo nivel de efectividad por el cual pueda ser reemplazado; (iii) el usuario carece de los recursos económicos para sufragar el costo del servicio de salud que requiere; y (iv) dicho medicamento, tratamiento o procedimiento fue prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS o EPSS.

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Beneficiarios

La Ley 1122 de 2007, dispone que es competencia del Gobierno Nacional, a través del Departamento Nacional de Planeación -DNP-, definir las condiciones de ingreso, suspensión y exclusión de las personas a las bases de datos del SISBEN, mediante el diseño y elaboración de una encuesta que tiene en cuenta las condiciones socio económicas de la población, como la capacidad económica medida en función del ingreso, el nivel educativo, el tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de la vivienda. De otro lado, el artículo 44 de la Ley 715 de 2001 radica en cabeza de los municipios la tarea de aplicar la encuesta diseñada por el DNP y de velar porque quienes se vayan a beneficiar de los programas sociales en salud efectivamente pertenezcan a la población mas pobre.

OBLIGACIONES EXIGIBLES A LAS EPS DEL REGIMEN SUBSIDIADO EN LA PRESTACION DE SERVICIOS POS-S Y NO POS-S Y ENTES TERRITORIALES RESPONSABLES-Alcance

PORTABILIDAD-Derecho que tiene todo colombiano a ser atendido por las entidades que componen el Sistema de Seguridad Social en Salud, en cualquier lugar del territorio

El concepto de portabilidad incluido por la Ley 1438 de 2011, “por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, consiste en que la prestación de los beneficios en salud se dé en cualquier lugar del país con la sola prestación de la cédula, en un marco de sostenibilidad financiera. La portabilidad impone a las entidades promotoras de salud, sean del régimen contributivo o del subsidiado, la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud a sus afiliados en todo el territorio nacional.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-La cirugía que el accionante pretende le sea ordenada a través de la acción de tutela ya le fue realizada

PORTABILIDAD-Orden a COMPARTA EPS-S de reportar ante las autoridades competentes el traslado de municipio del accionante para que pueda acceder a los servicios de salud en el lugar actual de su residencia

Referencia: expediente T-3.516.060

Acción de tutela interpuesta por Luis Carlos Correa Morales contra COMPARTA EPSS1.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados NILSON PINILLA PINILLA, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y quien la preside JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado 3° Civil del Circuito de Bucaramanga, que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 2° Civil Municipal de esa misma ciudad, en la cual se negó el amparo solicitado por el ciudadano Luis Carlos Correa Morales mediante acción de tutela.

I. Antecedentes

El señor Correa Morales instauró acción de tutela contra COMPARTA EPSS por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social y a la salud, según los siguientes:

1. Hechos.

1. El accionante es una persona de 22 años de edad, afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado a través de COMPARTA EPSS en el departamento de Boyacá, como beneficiario del SISBEN 1.

1. En la actualidad reside en la ciudad de Bucaramanga, en donde se encuentra culminando sus estudios.

1. El 6 de febrero de 2012 fue atendido en cita particular por el médico Juan Carlos Rueda Galvis en su consultorio ubicado en la Clínica Ardila Lulle de la ciudad de Bucaramanga, la cual pertenece a la Fundación Oftalmológica de Santander -FOSCAL-. En esa oportunidad le fue diagnosticada la enfermedad de “Queratocono” avanzado en el ojo izquierdo e iniciando en el derecho, por lo que fue remitido al especialista en cornea Dr. Alejandro Tello del Centro Oftalmológico Virgilio Galvis, para confirmar el diagnóstico y realizar exámenes.

1. En atención recibida el 7 de febrero, el médico especialista ratificó el diagnóstico de “Queratocono” y autorizó la práctica de la cirugía “Cross Linking” en ambos ojos para recuperar la salud visual o al menos para detener el avance de la enfermedad.

1. Luego de solicitarle a COMPARTA EPSS la realización de dicho procedimiento quirúrgico en la ciudad de Bucaramanga, la entidad se negó a hacerlo argumentando que al ser un servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado -POSS-2 debe acudir directamente a la seccional Boyacá de la entidad, para que allí sea estudiada y autorizada su solicitud.

1. Afirma que depende económicamente de sus padres, quienes residen en el municipio de San Mateo – Boyacá y que no cuenta con recursos económicos para costear la operación que está alrededor de \$1'500.000. Añadió que su situación económica se deriva de que vive solo en la ciudad de Bucaramanga en donde debe pagar arriendo.

1. En virtud de lo anterior, el señor Correa Morales instauró acción de tutela en contra de COMPARTA EPSS con la pretensión de que se ordene de manera inmediata la autorización y realización de la cirugía “Cross Linking” que requiere, en la ciudad de Bucaramanga.

1. En la acción de tutela fueron aportadas las siguientes pruebas:

* Fotocopia de la Cédula del accionante.³

* Carné de afiliación al Régimen General de Seguridad Social en Salud del Régimen Subsidiado de COMPARTA EPSS seccional Boyacá, en donde registra estar afiliado en el nivel 1 y aparece como IPS el Centro de Salud de San Mateo – Boyacá.⁴

* Historia clínica de la atención brindada por el Dr. Juan Carlos Rueda Galvis médico oftalmológico-glaucoma el 6 de febrero de 2012, en donde se aprecia que la cita se dio de manera particular, que se le diagnosticó la enfermedad de “Queratocono” y que fue remitido al especialista en Córnea el Dr. Alejandro Tello del Centro Oftalmológico Virgilio Galvis. En el documento se lee también que el accionante afirma ser diseñador gráfico.⁵

* Historia clínica expedida por el Centro Oftalmológico Virgilio Galvis de fecha 7 de febrero de 2012, en donde se confirma el diagnóstico de “Queratocono” y se establece como tratamiento el procedimiento “Cross Linking”.⁶

* Autorización para la realización de la cirugía “Cross Linking”, expedida por el Centro Oftalmológico Virgilio Galvis de fecha 7 de febrero de 2012.⁷

* Formato de Gestión de Servicios de Salud y/o Medicamentos expedido por COMPARTA EPSS diligenciado el 8 de febrero de 2012, en donde se niega la autorización de la cirugía “Cross Linking”.⁸

1. Actuaciones de instancia.

1. Mediante auto del 5 de marzo de 2012, el Juzgado 2° Civil Municipal de Bucaramanga admitió la solicitud de amparo y vinculó al proceso a las seccionales Boyacá y Bucaramanga de la entidad COMPARTA EPSS, a la Clínica Carlos Ardila Lulle de esa misma ciudad y a las secretarías de salud de Boyacá y Santander. Igualmente, ofició al médico Juan Carlos Rueda Galvis para que informara acerca del estado de salud actual del accionante, del tratamiento médico que debería prestársele y que explicara qué pasaría en caso de no ser suministrado con prontitud. Las respuestas se relacionan a continuación en el orden cronológico en que fueron recibidas por el juzgado de instancia.

1. El 9 de marzo el Dr. Juan Carlos Rueda Galvis envió respuesta en la cual se lee: “a- Paciente con impresión diagnóstica de keratocono, mala visión en el ojo izquierdo. b- Se

remite para valoración con el dr Alejandro Tello, especialista en cornea para confirmar diagnóstico y realizar exámenes.”

1. En pronunciamiento radicado el 12 de marzo, la FOSCAL argumentó que al ser una IPS no le corresponde autorizar ni costear servicios médicos, siendo esta una labor exclusiva de la EPSS. De igual forma, hizo alusión a que en eventos no incluidos en el POSS le corresponde a las secretarías de salud remitir a sus afiliados a las IPS con quienes tienen contrato vigente y con cargo al presupuesto del respectivo ente territorial. Por último, señaló que en los archivos de la Fundación no existe historia clínica del accionante y que el Dr. Juan Carlos Rueda Galvis es un médico independiente que ejerce su profesión de forma particular sin vínculo laboral o subordinación con ésta.

1. Mediante contestación allegada el 14 de marzo, la Secretaría de Salud de Boyacá solicitó se le exonerara de toda responsabilidad en el proceso de tutela, manifestando que es obligación de COMPARTA EPSS asumir la prestación de los servicios que requiere el accionante independientemente de su ubicación geográfica. De la misma forma, señaló que es necesario que el municipio de Bucaramanga proceda a realizar la encuesta SISBEN al señor Correa Morales con la finalidad de que se haga el traslado del lugar de afiliación del Régimen Subsidiado, toda vez que los entes territoriales solo les corresponde destinar recursos a la atención de la población que se encuentra afiliada en su territorio.

1. El mismo día, COMPARTA EPSS seccional Boyacá solicitó negar el amparo, al considerar que por ser un servicio no incluido en el POSS debe ser asumido directamente por la Secretaría Departamental de Salud de Boyacá con cargo a sus propios recursos, por ser allí donde está afiliado el accionante. Por otro lado, señaló que al usuario le debe ser practicada la encuesta SISBEN en Bucaramanga para que pueda ser beneficiario del Régimen Subsidiado en esa ciudad.

1. Por último, el 16 de marzo la Secretaría de Salud de Santander solicitó se declarara su

falta de legitimación por pasiva, señalando que la afiliación del señor Correa Morales al SISBEN es en Boyacá y por tanto es a la Secretaría de Salud de ese Departamento a quien le corresponde asumir la prestación y pago de la cirugía que solicita mediante la acción de tutela o, en su defecto, directamente a COMPARTA EPSS.

2.7. No se presentó pronunciamiento por parte de COMPARTA EPSS seccional Bucaramanga.

1. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del 20 de marzo de 2012 el Juzgado 2° Civil Municipal de Bucaramanga decidió no tutelar los derechos invocados por el accionante, argumentando que el médico tratante no está adscrito a COMPARTA EPSS y que el procedimiento es no POSS. Señaló que al accionante le corresponde acudir a la seccional Boyacá de dicha entidad, debido a que es allí en donde se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado en Salud. Añadió que el señor Correa Morales debe acercarse a la autoridad competente en su ciudad actual de residencia, para que le sea realizada la encuesta SISBEN y el respectivo traslado de municipio. Finalmente, decidió desvincular del proceso de tutela a la FOSCAL y a la Secretaría de Salud del Departamento de Santander.

1. Impugnación.

Mediante escrito radicado el 28 de marzo, el accionante señaló que en virtud del principio de universalidad, COMPARTA EPSS no puede ampararse en criterios territoriales para negarse a autorizar y realizar un procedimiento quirúrgico autorizado por su médico tratante. De esta manera reiteró su pretensión de que por vía de tutela se le ordene a la EPSS que autorice de manera inmediata la realización de la cirugía en la ciudad de Bucaramanga.

1. Sentencia de segunda instancia.

Luego de ser impugnada la decisión, en sentencia del 18 de mayo de 2012 el Juzgado 3° Civil del Circuito de Bucaramanga decidió confirmar en su totalidad el fallo de primera instancia, exponiendo que no se cumplieron los requisitos administrativos para que pudiera ser ordenada la cirugía por vía de tutela.

1. Actuaciones en sede de revisión.

Luego de ser seleccionado el caso por la Corte Constitucional, se pudo conocer que al accionante ya le había sido realizada la cirugía “Cross Linking” que estaba solicitando con la acción de tutela. Por esta razón, mediante auto del 27 de septiembre se le solicitó al actor que indicara las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que ello había ocurrido y si actualmente se encuentra percibiendo algún ingreso. De la misma forma, se ofició al Dr. Juan Carlos Rueda Galvis y al Centro Oftalmológico Virgilio Galvis para que proporcionaran la información que tuvieran acerca de la realización de la mencionada cirugía. Por último se procedió a vincular nuevamente al proceso de tutela a la Secretaría de Salud del Departamento de Santander, por considerar que la sentencia podía tener efectos sobre ella.

En respuesta a lo pedido, el médico Juan Carlos Rueda Galvis señaló que luego de remitir al accionante a donde el especialista en córnea el Dr. Alejandro Tello, no había vuelto a atenderlo.

Por su parte, en escrito firmado por el Dr. Tello, el Centro Oftalmológico Virgilio Galvis señaló que al accionante se le había practicado la cirugía “Cross Linking” de manera particular, con un costo total de 1’400.000. Fueron aportadas las facturas del servicio prestado.

Finalmente, la Secretaría de Salud del Departamento de Santander se pronunció nuevamente sobre los hechos que le dieron origen a la acción de tutela, argumentando que en virtud del principio de portabilidad, la responsabilidad de realizar el procedimiento quirúrgico recae directamente sobre COMPARTA EPSS. Añadió que en todo caso dicha entidad conserva el derecho a hacer el respectivo recobro al departamento de Boyacá, por ser allí donde el accionante se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

1. Planteamiento de la acción y problema jurídico.

De los antecedentes expuestos se tiene que el señor Correa Morales de 22 años está afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado a través de COMPARTA EPSS como beneficiario nivel 1 en el departamento de Boyacá, siendo su lugar actual de residencia la ciudad de Bucaramanga, en donde se encuentra culminando sus estudios. En atención médica particular (en la cual señaló ser diseñador gráfico) le fue diagnosticada la enfermedad de “Queratocono” en ambos ojos y autorizada la cirugía de “Cross Linking”. Sin embargo, al solicitarle a su EPSS la autorización de la operación en el lugar donde vive actualmente, ésta se negó a hacerlo argumentando que es un servicio no incluido en el POSS y por tanto debe acudir directamente a su lugar de afiliación, para que allí le sea autorizada y prestada la atención que requiere. Ante esta situación, el señor Correa Morales instauró acción de tutela para que por ese medio se le ordene a la EPSS que autorice la cirugía en la ciudad de Bucaramanga.

En el trámite de primera instancia fueron vinculados al proceso las seccionales Boyacá y Bucaramanga de COMPARTA EPSS, la Clínica Carlos Ardila Lulle a través de la FOSCAL y las secretarías de salud de Boyacá y Santander. De la misma forma, se ofició al médico tratante para que informara acerca del estado de salud del accionante, del tratamiento médico que requería y de las consecuencias en caso de no realizárselo. De los diferentes pronunciamientos se logró extraer que existe un debate acerca de quién tiene la responsabilidad de atender al señor Correa Morales, dada la diferencia que existe entre el lugar donde se está solicitando el servicio y el de afiliación al sistema.

En sentencia de primera instancia fue negado el amparo bajo los argumentos de que i) el

médico tratante no está adscrito a COMPARTA EPSS; ii) el procedimiento se encuentra excluido del POSS; y iii) de cualquier manera el accionante debe acudir a la seccional Boyacá de la entidad por ser allí en donde está afiliado. La autoridad judicial agregó que el actor debe solicitar el traslado de municipio del régimen subsidiado, para que le sean prestados los servicios de salud en su lugar actual de residencia. Finalmente se desvinculó a la FOSCAL y a la Secretaría de Salud del Departamento de Santander del proceso de tutela. Inconforme con la decisión, el señor Correa Morales impugnó el fallo de primera instancia argumentando que en virtud del principio de universalidad COMPARTA EPSS debía autorizar y realizar el procedimiento en cualquier parte del País. En segunda instancia el fallo fue confirmado en su totalidad.

Seleccionado el caso por la Corte Constitucional, fueron practicadas algunas que permitieron establecer que al accionante ya le había sido practicada la cirugía de manera particular y que había tenido un costo total de \$ 1'400.000. En esta etapa fue nuevamente vinculado el Departamento de Santander, quien señaló que en virtud del principio de portabilidad es COMPARTA EPSS quien debe atender directamente al accionante sin importar su ubicación.

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a la Corte principalmente dar solución a los siguientes problemas jurídicos:

¿Constituye una violación a los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social y a la salud, el que una EPSS se limite a negar la autorización de un procedimiento quirúrgico no incluido en el POSS argumentando que la ciudad de residencia del solicitante no coincide con la de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado? ¿Se configura la misma violación cuando la negación se da porque el médico tratante no está adscrito a la EPSS?

Antes de abordar de fondo el anterior interrogante, la Sala considera necesario hacer alusión al fenómeno de la carencia actual de objeto, dada la posibilidad de que este se hubiera configurado en presente asunto (i). Una vez agotado ello, serán abordados los siguientes temas: (ii) las reglas jurisprudenciales para acceder a servicios de salud no incluidos en el POS(S); (iii) el Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado y la forma de elegir a sus beneficiarios; y (iv) la responsabilidad de las EPSS y de los entes territoriales en

la prestación y financiación de los servicios de salud no incluidos en el POSS. Finalmente, en caso de que con lo anterior se evidencie una violación del orden constitucional, la Corte entrará a adoptar las medidas que considere necesarias.

1. El fenómeno de la carencia actual de objeto.

El artículo 86 de la Constitución dispone que “toda persona tendrá la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” Sin embargo, “cuando tal vulneración o amenaza cesa, esta Corporación ha estimado que el amparo pierde su razón de ser como mecanismo de defensa judicial, en la medida en que cualquier decisión que el juez de tutela pueda adoptar frente al caso concreto carece de fundamento fáctico.”⁹

En estos casos la Corte ha desarrollado la tesis de la “carencia actual de objeto”, aceptando su ocurrencia en dos casos a saber: i) el hecho superado y ii) el daño consumado. Ambos fueron explicados en la sentencia T-449 de 2008 de la siguiente manera:

Al referirse a los casos en donde el fenómeno se presenta por el hecho superado, en la sentencia T-085 de 2011 se señaló que esa situación “no conduce a declarar la improcedencia de la acción, pues la Corte Constitucional puede estudiar el fondo del asunto para evaluar si hubo vulneración de las garantías superiores, en virtud de la función de pedagogía constitucional que también realiza a través de los fallos de tutela. Si bien, en estos eventos no se emiten órdenes ante la ineficacia de las mismas, si la decisión proferida por el juez de tutela contraría los postulados constitucionales, la Corte debe revocarla.” En el mismo sentido, en la sentencia T-170 de 2009 la Corte señaló que en estos casos procede el estudio de fondo “sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es

que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.”¹¹

1. La carencia actual de objeto en el presente asunto y la necesidad del estudio de fondo.

En los antecedentes del caso quedó probado que la cirugía que el accionante pretende le sea ordenada a través de la acción de tutela ya le fue realizada. De esta forma, es claro que en el presente asunto se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, por lo que la Corte se abstendrá dictar órdenes en ese sentido.

Sin embargo, la Corte encuentra que existen suficientes motivos para que la Sala deba entrar a estudiar de fondo los aspectos jurídicos relevantes, de tal forma que, si de ello se evidencia una alteración del orden constitucional, se proceda a adoptar medias encaminadas a condenar, llamar la atención o advertir sobre la repetición de los hechos que le dieron origen a la acción de tutela.

En primer lugar, la Sala encuentra que dentro de los argumentos utilizados en las sentencias de instancia para negar el amparo, se incluyó el que el médico tratante no se encontraba adscrito a la EPSS de afiliación del accionante. Por esta razón, se hará una breve explicación de los criterios jurisprudenciales en cuanto al acceso a servicios no POSS, en aras de determinar si ello es suficiente motivo para negar un servicio médico. Adicionalmente, existen suficientes elementos que permiten considerar que el accionante podría pertenecer al régimen contributivo en salud. Por esta razón, serán explicadas las disposiciones normativas y jurisprudenciales que regulan ese aspecto. Por último, la Sala encuentra necesario puntualizar la responsabilidad de las EPSS y de los entes territoriales en la prestación y financiación de los servicios de salud no incluidos en el POSS, en aras de determinar si en el caso concreto se violaron los postulados que rigen la materia.

1. Las reglas jurisprudenciales para acceder a servicios de salud no incluidos en el POS(S).
Reiteración de jurisprudencia.

El carácter fundamental del derecho a la salud¹² implica que las personas puedan como mínimo acceder a los servicios que resulten indispensables para conservar la vida digna y la integridad personal. En atención a ello, con la expedición de la ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, se dispuso la implementación de un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional, con la intención de lograr “la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan” (art. 162). En el mismo sentido, el artículo 2 del Acuerdo 29 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”, definió el POS(S) como “el conjunto de tecnologías en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuya prestación debe ser garantizada por las entidades promotoras de salud.”

En virtud de ello, “la jurisprudencia constitucional ha señalado que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro del POS[S], por lo cual no brindarle los medicamentos allí incluidos, o no permitir la realización de los procedimientos e intervenciones amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho a la salud¹³.”¹⁴

Sin embargo, “en numerosas sentencias la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud, rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud, cuando esto es el fundamento para su no reconocimiento.”¹⁵ Así, en casos donde la negación implica una afectación de derechos fundamentales, “la Corte ha inaplicado la norma que excluye el suministro de tratamiento, intervención, medicamento o diagnóstico, con el fin de evitar de ese modo que la existencia de un precepto legal o una decisión administrativa imposibilite el goce efectivo de los derechos a la salud, a la vida, a la integridad, y a la seguridad social¹⁶.”¹⁷

Con base en ello, la Corte ha desarrollado subreglas jurisprudenciales en donde se ha considerado que, aun cuando el servicio o medicamento se encuentre excluido de los planes obligatorios, si se cumplen ciertos requisitos, las EPS(S) deberán proveerlos, en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En la sentencia T-085 de

2011 se señaló al respecto:

“Las EPSS están obligadas a suministrar los servicios médicos que sus afiliados requieran y que hagan parte del POSS. Sin embargo, frente a los medicamentos, tratamientos y procedimientos NO POSS dichas entidades también tienen la obligación de autorizarlos, siempre y cuando del estudio de las circunstancias particulares del paciente se evidencie que (i) si no se autoriza el servicio de salud pedido se pone en riesgo su vida o se desmejoran sus condiciones de salud; (ii) no existe dentro del POS o POSS otro medicamento, tratamiento o procedimiento con el mismo nivel de efectividad por el cual pueda ser reemplazado; (iii) el usuario carece de los recursos económicos para sufragar el costo del servicio de salud que requiere; y (iv) dicho medicamento, tratamiento o procedimiento fue prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS o EPSS.”

Los mismos requisitos deberán ser verificados en cada caso concreto por el juez de tutela cuando una EPS(S) se niegue a suministrar un medicamento, procedimiento o intervención argumentando que se encuentra excluido del POS(S) y de ello se derive la violación de los derechos fundamentales del accionante.¹⁸

En cuanto al requerimiento de que la orden sea dada por un médico adscrito a la EPS(S), la Corte ha señalado que “tal situación se basa en el hecho de que la prescripción debe provenir del seguimiento médico que se le adelanta al paciente dentro de la respectiva entidad, además busca prevenir que los requerimientos en materia de salud en cabeza de una persona carezcan de continuidad en relación con el desarrollo de su estado por parte de la empresa que le debe prestar la atención que necesita.”¹⁹ Sin embargo, esta Corporación ha aceptado que es admisible que dicho concepto médico provenga de un galeno que no se encuentra adscrito a la EPS(S) de afiliación. Así lo señaló esta Corporación en sentencia T-049 de 2009:

“En el evento en que exista un diagnóstico de un médico no adscrito a la empresa que presta servicios de salud, sus afiliados tienen derecho a que la respectiva entidad, que es en últimas la que reconoce las prestaciones derivadas de las prescripciones médicas, determine si se requiere o no, por la condición de salud de la persona, reconocer dicha prestación. Y, la única manera de responder a ello, es emitir un diagnóstico que dé cuenta de aquél que se originó

en un médico ajeno a la empresa. La Corte Constitucional ha expresado que cuando la orden haya sido emitida por un médico no adscrito a la EPS, esta Institución sólo puede negarse a prestar el servicio de salud si desvirtúa el concepto médico expedido por dicho profesional, con base en razones científicas o técnicas relacionadas con el caso concreto. En otras palabras, esta Corporación ha indicado que, corresponde a la respectiva Entidad Prestadora del Servicio de salud someter al paciente a evaluación médica, a partir de la cual puede desvirtuar el concepto del médico externo, de lo contrario debe seguir y cumplir lo prescrito por el profesional no adscrito a la institución.”

Esta tesis fue igualmente reconocida en la sentencia T-760 de 2008 en donde se afirmó que se vulnera el derecho de la salud de un individuo cuando la EPS(S) “(i) desconoce el concepto de un médico reconocido y vinculado al Sistema de Salud, (ii) sin ninguna consideración de carácter científico o técnico, (iii) sólo por el hecho de no estar adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio en cuestión, especialmente, (iv) si la entidad nunca cuestionó la validez o idoneidad del concepto médico”.

1. El Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado y la forma de elegir a sus beneficiarios.

En virtud del principio de universalidad²⁰ que rige la prestación del servicio público de seguridad social en salud, el literal b del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 dispuso que “todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales”. En el mismo sentido, el artículo 157 ibídem señaló que esta afiliación podrá darse a través del régimen contributivo o subsidiado, o en forma temporal como participantes vinculados.

Por su parte, el artículo 202 de la misma Ley definió el régimen contributivo como “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de

una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”. En atención a lo anterior, en sentencia T-054 de 2008 la Corte señaló:

“Al régimen contributivo pertenecen quienes tienen una relación laboral regida por un contrato de trabajo, los pensionados, los servidores públicos y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Este régimen se financia con los aportes que realizan sus afiliados conforme al salario o pensión devengada. Igualmente la norma previó que las entidades promotoras de salud prestarían los servicios médicos requeridos por los beneficiarios de este régimen según lo estipulado en el Plan Obligatorio de Salud.”

Para el caso del régimen subsidiado, el artículo 211 de la Ley 100 establece que este es “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley”. Al ser financiado mediante subsidios, este se encuentra destinado a garantizar “la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar”²¹.

Ahora bien, para identificar a las personas que pertenecen al régimen subsidiado, el ordenamiento jurídico utiliza el “Sistema de Identificación de Beneficiarios de Subsidios” - SISBEN-, el cual corresponde a “una herramienta de planeación administrativa cuya finalidad es seleccionar los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana”²². Este proceso de identificación se realiza a través de instrumentos estadísticos y técnicos que permiten identificar a las personas que por su condición económica requieren del auxilio del Estado, los cuales han sido llamados de “focalización” toda vez que le permiten al Estado “focalizar” (valga la redundancia) los recursos destinados al gasto social²³. Visto así, el SISBEN “contribuye a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los colombianos, y se erige como una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas para hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados y materializar así las políticas de redistribución del ingreso.”²⁴²⁵ Al hacer alusión a las características de este régimen, en la sentencia T-054 de 2008 antes citada la Corte señaló:

En cuanto al papel que deben cumplir las entidades públicas en el proceso de focalización, el artículo 94 de la Ley 715 de 2001²⁶, modificado por el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007, dispone que es competencia del Gobierno Nacional, a través del Departamento Nacional de Planeación -DNP-, definir las condiciones de ingreso, suspensión y exclusión de las personas a las bases de datos del SISBEN, mediante el diseño y elaboración de una encuesta que tiene en cuenta las condiciones socio económicas de la población, como la capacidad económica medida en función del ingreso, el nivel educativo, el tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de la vivienda²⁷.

De otro lado, el artículo 44 de la Ley 715 de 2001 radica en cabeza de los municipios la tarea de aplicar la encuesta diseñada por el DNP y de velar porque quienes se vayan a beneficiar de los programas sociales en salud efectivamente pertenezcan a la población mas pobre. Al respecto dice la norma:

“Artículo 44. Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: (...)

44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud: (...)

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia. (...)

44.2.4. Promover en su jurisdicción la afiliación al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud de las personas con capacidad de pago y evitar la evasión y elusión de aportes.”

En desarrollo de este mandato, el artículo 4 del Acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud “por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, establece que “la identificación de los beneficiarios del Régimen Subsidiado, por regla general, se hará en todos los municipios del país mediante la aplicación

de la encuesta SISBEN o el instrumento que haga sus veces.” Como resultado de la aplicación de la encuesta, el mecanismo de focalización divide a la población pobre en beneficiarios de nivel I, II, y III, siendo los primeros quienes se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad.

Por disposición del literal a del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 “se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.”²⁸ La población clasificada en el nivel III también podrá ser beneficiaria, una vez se haya logrado una cobertura del 90% en los niveles I y II, en los términos establecidos por el literal b²⁹ del mismo artículo.

Ahora bien, en el entendido de que la aplicación de la encuesta SISBEN se presenta en cada municipio, cabe preguntarse qué ocurre cuando un individuo cambia de municipio de residencia. Sobre este aspecto, los artículos 3930 y 4031 del Acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud “por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, indican el procedimiento aplicable en esos casos. Al respecto la sentencia T-627 de 2011 puntualizó:

“4.2. Ahora bien, de conformidad el Acuerdo 415 de 2009 “por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, cuando un usuario afiliado al Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud se traslada de municipio de residencia, el municipio que lo acoge tiene la obligación de garantizarle la prestación de los servicios de salud que requiera.

Dicha obligación se encuentra consagrada en el artículo 40 del Acuerdo citado, el cual señala que en el momento en que un usuario del Régimen Subsidiado en Salud fija su domicilio en un municipio diferente al que se afilió inicialmente, y sin embargo, mantiene la vigencia contractual de su inscripción en el SISBEN, tiene dos posibilidades para que en el nuevo municipio se le presten los servicios de salud que requiera:

‘a) Si el traslado se da entre los municipios o distritos de las regiones donde la EPS-S que lo

asegura está autorizada, la EPS-S es responsable de su atención por el tiempo restante de la vigencia contractual. Para tal efecto, la EPS-S deberá contar con procedimientos de contingencia que garanticen la atención de la población.

b) Si el traslado se da a un municipio donde la EPS-S no se encuentra autorizada en la región, el afiliado deberá presentarse ante la nueva EPS-S de su elección y solicitar su afiliación por traslado de municipio de domicilio (...) En los casos donde el municipio no cuente con cobertura superior la EPS-S deberá dar aviso a la Entidad Territorial para que genere la correspondiente adición al contrato o remplazo de cupo de que trata el artículo 87 del presente Acuerdo según sea el caso.’

Y continúa con la siguiente precisión:

‘En todo caso la EPS-S deberá contar con alianzas o convenios con otras EPS-S de las regiones donde no se encuentra autorizada, que le permitan garantizar la atención de la población en tanto se formaliza el traslado del afiliado. El incumplimiento a la suscripción de este tipo de alianzas o convenios, que no ofrezcan garantías para la continuidad de la atención, estará sujeta a las instrucciones y sanciones a que haya lugar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.’

Pero además, el artículo 39 del Acuerdo 415 de 2009, fija el deber del usuario de reportar a su EPS-S el cambio de municipio, y si esta obligación no se satisface, se entiende como mecanismo válido de identificación del traslado, que, cuando el usuario se acerque a la red prestadora de servicios de primer nivel del municipio receptor, se le podrá recordar su deber de notificar a la EPS-S el cambio de residencia permanente.”

Finalmente, el artículo 42.7 de la Ley 715 de 2001 impuso en cabeza de la Nación la tarea de “reglamentar, distribuir, vigilar y controlar el manejo y la destinación de los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las competencias de las entidades territoriales en la materia.” Así, la norma le otorgó al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, la competencia de vigilar y controlar que la manera en la cual se invierten los recursos destinados a gasto social en salud se dé conforme a los postulados jurídicos a los cuales se

ha hecho mención en este capítulo, sin perjuicio de las facultades de los demás entes territoriales.

1. La responsabilidad de las EPSS y de los entes territoriales en la prestación y financiación de los servicios de salud no incluidos en el POSS.

A partir de la Ley 100 de 1993 se consagró el modelo de “subsidios a la demanda” para garantizar la financiación del régimen subsidiado en salud, en contraposición a lo que ocurría mediante los “subsidios a la oferta”. Con este cambio el legislador modificó la manera en la cual se debía atender la salud de la población que no tiene capacidad de contribución, en el sentido en que la prestación del servicio ya no se da directamente por el Estado (subsidios a la oferta), sino que éste financia el pago de una Unidad de Pago por Capitación -UPCS-32 por cada afiliado al régimen, para que lo incluido en el POSS sea prestado por las distintas entidades que conforman el sistema, con cargo a los recursos que el Estado disponga para tal fin (subsidio a la demanda).

La norma que actualmente define la procedencia de los recursos que financian el pago de la UPCS es el artículo 4433 de la Ley 1438 de 2011 “por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, el cual establece que estos provienen de las entidades territoriales, del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y otros. Estos rubros son los que componen los “subsidios a la demanda”.

Siendo clara la forma en la que se financia lo incluido en el POSS, le corresponde ahora a la Corte hacer alusión a las normas que establecen: i) quién debe prestar los servicios médicos que no se encuentran incluidos; y ii) quién debe financiarlos.

6.1. La prestación del servicio.

En este punto es necesario recordar lo expuesto en el capítulo anterior, consistente en que “el derecho a la salud, rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud, cuando esto es el fundamento para su no reconocimiento” 34. De esta forma, siempre que se encuentren en juego los derechos fundamentales del paciente, la atención le corresponderá a la entidad a la

que este acuda, sea su EPSS de afiliación o directamente a las instituciones contratadas por las Secretarías de Salud del ente territorial.

No obstante lo anterior, las normas que regulan el sistema de salud definen las competencias de los diferentes órganos que participan en la atención de los afiliados al régimen subsidiado en lo excluido del POSS. El marco general sobre este asunto viene dado por el artículo 31 del Decreto ley 806 de 1998 “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”, que establece:

“Artículo 31. Prestación de servicios no cubiertos por el POS subsidiado. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.”

Esta competencia fue puntualizada por el artículo 43 de la Ley 715 de 2001 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, que contempló dentro de las competencias de los departamentos la de gestionar la prestación de los servicios de salud no cubiertos con subsidios a la demanda³⁵ respecto de la población que reside en su territorio:

“Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.”

(Negrilla fuera de texto).

Esta labor de gestión fue concretada por el artículo 20 de la ley 1122 de 2007 “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, que establece:

“Artículo 20. Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.”³⁶

En virtud de estas disposiciones legales, los artículos 2 y 3 de la Resolución 5334 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, “por medio de la cual se adoptan los mecanismos que permitan agilizar los trámites requeridos para la atención en salud de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – No POS-S de los afiliados al Régimen Subsidiado, por parte de las entidades departamentales y distritales, y municipales certificadas en salud”, establecen:

“Artículo 2°. Atención de eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – No POS-S. Cuando un usuario afiliado al Régimen Subsidiado requiera la atención de un evento no incluido en el plan obligatorio de salud del Régimen Subsidiado, se deberá proceder de la siguiente manera:

“1. Por parte de la institución prestadora de servicios de salud que lo esté atendiendo:

a) Si la institución prestadora de servicios de salud tiene habilitado el servicio y el mismo está incluido en el contrato con la dirección de salud departamental o distrital, o municipal en municipios certificados en salud, deberá prestar los servicios en los términos del contrato o acuerdo de voluntades celebrado.

b) Si se trata de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, y la institución prestadora de servicios de salud no tiene contrato con la dirección de salud departamental o

distrital, o municipal en municipios certificados en salud, o teniéndolo, el servicio requerido no está habilitado, la institución prestadora de servicios de salud diligenciará la solicitud de autorización de servicios y la remitirá directamente a la dirección de salud departamental o distrital, o municipal en municipios certificados en salud, y esta emitirá la autorización correspondiente para la atención solicitada, en el prestador que la dirección de salud defina, de acuerdo con la organización de la red por ella establecida y enviará copia a la institución prestadora de servicios de salud solicitante.

2. En el caso de servicios electivos tanto ambulatorios como hospitalarios, se seguirán los procedimientos establecidos en la Resolución 3047 de 2008.

Artículo 3°. Autorización de eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado - No POS-S por parte de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado. Cuando se trate de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, establecidos en el literal b numeral 1 del artículo anterior y la dirección de salud departamental o distrital, o municipal en municipios certificados en salud no dé respuesta a la solicitud de autorización en los términos establecidos en la Resolución 3047 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, la institución prestadora de servicios de salud deberá solicitar la autorización a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado a la cual esté afiliado el usuario. La Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado autorizará el servicio prioritariamente en la institución pública prestadora de servicios de salud que tenga en la red.

Cuando se trate de los servicios establecidos en el numeral 2 del artículo anterior, y no se obtenga respuesta por parte de la dirección de salud en los términos establecidos en la Resolución 3047 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, atendiendo el concepto del Comité Técnico Científico, deberá remitir al usuario a una institución pública prestadora de servicios de salud.”

En la sentencia T-955 de 2011 esta Corporación abordó un caso en donde una persona afiliada al régimen subsidiado en salud en el SISBEN 1 a través de CAPRECOM EPSS en el departamento de Casanare, pretendía que se le realizara una cirugía máxilofacial que se encontraba excluida del POSS. En esa oportunidad la Corte, dando aplicación al procedimiento descrito en la norma anterior, dirimió el debate de si la atención del servicio le

correspondía a la Secretaría de Salud del Departamento o a la EPSS de afiliación del accionante. Al respecto dijo:

“5.2. Teniendo como fundamento lo hasta aquí señalado, la jurisprudencia constitucional ha precisado que ‘cuando el juez constitucional, prima facie se encuentra frente a la negativa de una EPS del régimen subsidiado de prestar un servicio médico, procedimiento o medicamento no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, le corresponde vincular al trámite de la acción de tutela a la entidad territorial que considere competente. Esto, con el propósito de valorar si es la EPS o la Entidad Territorial la que debe hacerse cargo de la prestación del servicio y en qué términos’³⁷.

En relación con la protección de los derechos fundamentales por parte de las EPS-S frente a servicios no incluidos en el POS-S, esta Corte ha aclarado que, aunque la entidad no está obligada a suministrar dichos servicios, la protección del derecho fundamental a la salud debe garantizarse de forma oportuna y diligente. ‘Una primera medida está orientada a que la A.R.S. [hoy EPS³⁸] realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA o contra las Direcciones Seccionales de Salud por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo. Una segunda medida es la orden a la A.R.S. [hoy EPS] de que coordine con la entidad pública o con la privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario (...)’³⁹.

Esta Corporación ha precisado que el propósito de la anterior jurisprudencia es que ‘las restricciones que imponen los Planes Obligatorios de Salud no [sean] oponibles a aquella porción de la población más pobre y vulnerable (por razón de su estado de salud mental, edad o nivel de desarrollo), por tratarse de sujetos que merecen una especial protección por parte del Estado. (Corte Constitucional Sentencia T- 523 de 2007. También consúltese las Sentencias T-134 de 2002; T-544 de 2002 y T- 738 de 2003)’⁴⁰.

A partir de las anteriores consideraciones es posible concluir que, al enfrentarse a casos similares, el juez constitucional puede adoptar alguna de las siguientes decisiones: ‘1. [Ordenar] a la ARS (Hoy EPS) practicar directamente los exámenes de diagnóstico o prestar el tratamiento integral. // 2. [Disponer] que los servicios en salud sean prestados de forma

coordinada por la ARS (Hoy EPS) y el Estado, mediante las entidades públicas o privadas con las que éste tenga contrato’⁴¹.

En este punto es importante señalar que, en todo caso, corresponderá al juez analizar los hechos y circunstancias de cada asunto en particular, teniendo en cuenta el grado de vulneración del derecho fundamental involucrado, la naturaleza de las obligaciones asumidas por la EPS-S y la finalidad de régimen de limitaciones y exclusiones del POS-S⁴².”

En similar sentido, en la sentencia T-084 de 2011 la Corte analizó el caso de una niña de nueve años afiliada a la EPSS CAPRECOM en el nivel 1, a quien su médico tratante le ordenó la realización de exámenes oftalmológicos especializados, los cuales debían ser practicados en una ciudad distinta a la de su residencia:

“En efecto, debe precisarse que las entidades encargadas de garantizar tal derecho a la población pobre y vulnerable, están obligadas a permitir el acceso a los servicios de salud de todas las personas que lo requieran.

El artículo 43.2 de la Ley 715 de 2001, señala que es competencia de los departamentos, entre otras: ‘Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.’

Igualmente, la Corte ha precisado que el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales que demandan las personas que requieren atención en salud, a fin de garantizar la existencia misma y su derecho a vivir dignamente y que no cuentan con los recursos para tal fin, no está sujeta a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios.

Por tal razón, si una persona bajo estas circunstancias demanda la atención idónea y oportuna, o requiere de un tratamiento, procedimiento, cirugía o medicamento, excluidos del Plan Obligatorio que rige su vinculación, debe ser atendido por la entidad que le preste el servicio, la cual puede exigir el reintegro de los gastos en que incurra en cumplimiento de lo anterior.⁴³”

Finalmente, en la sentencia T-359 de 2012 la Corte se pronunció nuevamente acerca de la responsabilidad de las EPSS y de las entidades territoriales en la realización de un procedimiento quirúrgico que se encontraba excluido del POSS. En la parte considerativa de la providencia se señaló:

Además, tanto la jurisprudencia constitucional⁴⁵ como el artículo 4º del Acuerdo número 7246 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en concordancia con el artículo 31 del Decreto ley 806 de 1998⁴⁷ exponen que el afiliado del régimen subsidiado que requiera la prestación de un servicio no cubierto por el POS y no cuenta con la capacidad de pago para asumirlo podrá: ‘acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes’.

Aunque en principio las entidades prestadoras del servicio de salud, tienen la responsabilidad de garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, los servicios que no se encuentran incluidos en aquél no le son exigibles y, por ende, no son responsables de su práctica ni financiamiento. Por ello a falta de tal cubrimiento les corresponde, directamente a los municipios, a los departamentos, o a los distritos especiales hacerlo a través de entidades públicas o privadas con las que celebren contratos para prestar los servicios que requieren los usuarios del régimen subsidiado sin capacidad económica para asumirlos⁴⁸.”

En conclusión, esta Corporación ha reconocido reiteradamente que las restricciones formales que imponen los planes obligatorios de salud no pueden ser un obstáculo para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, especialmente tratándose del sector más pobre y vulnerable de la población. En ese sentido, cuando una persona acuda a su EPSS para que le sea suministrado un servicio excluido del POS(S) y se cumplan los requisitos para acceder él, la entidad podrá atenderlo directamente, conservando el derecho a hacer el respectivo recobro al ente territorial que corresponda.

No obstante, las normas que regulan el sistema subsidiado de salud radican en cabeza de los departamentos la gestión de la atención de la población pobre que reside en su territorio en lo no cubierto con subsidios a la demanda, a través de la celebración de contratos con

instituciones prestadoras públicas o privadas. De esta forma, es a estos a quienes les corresponden, en principio, la atención de los servicios excluidos del POSS.

A pesar de ello, resulta excesivo someter a los particulares, especialmente a quienes pertenecen al sector más pobre, a que realicen trámites encaminados a descubrir qué entidad los debe atender. Por esta razón, si la persona acude directamente a su EPSS de afiliación y esta se niega a prestar la atención por no encontrarse dentro del POS(S), la entidad, en todo caso, deberá acompañar a su afiliado en los trámites que deba surtir ante la secretaría de salud que tenga jurisdicción en su lugar de residencia, para lo cual deberá suministrarle la información necesaria, coordinar con el ente territorial la atención e, incluso, abogar por sus intereses en caso de ser necesario. No hacerlo viola el derecho fundamental a la salud del paciente.

Cuando ello no ocurra (el acompañamiento), o en caso de que tanto la EPSS como el ente territorial se nieguen a gestionar la atención, le corresponderá al juez de tutela, previa verificación de los requisitos para acceder a servicios no POSS, estudiar de fondo el caso concreto y adoptar una de las siguientes soluciones según considere: i) ordenar a la EPSS que realice el acompañamiento frente al ente territorial; ii) ordenar a la EPSS que preste directamente el servicio; o iii) ordenar a la secretaría de salud del departamento que gestione la prestación del servicio a través de las instituciones públicas o privadas con que tenga contrato. Lo que no es admisible en ningún caso es que sea el usuario quién deba asumir la carga acudir a las diferentes entidades buscando la atención que requiere.

6.2. La financiación del servicio.

Hasta aquí se ha explicado la manera en la que se debe garantizar la prestación de los servicios no incluidos en el POSS. Pasa ahora la Sala a explicar a quién debe hacerse el recobro o, en otros términos, a quién le corresponde financiar las prestaciones excluidas del POSS.

Lo primero es señalar que el artículo 47 de la Ley 715 de 2001 establece que estos recursos provienen del Sistema General de Participaciones⁴⁹:

“Artículo 47. Destino de los recursos del Sistema General de Participaciones para Salud. Los recursos del Sistema General en Participaciones en salud se destinarán a financiar los gastos

de salud, en los siguientes componentes: (...)

47.2. Prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.”

En el mismo sentido, el artículo 4 de la Resolución 5334 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, “por medio de la cual se adoptan los mecanismos que permitan agilizar los trámites requeridos para la atención en salud de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – No POS-S de los afiliados al Régimen Subsidiado, por parte de las entidades departamentales y distritales, y municipales certificadas en salud”, señala:

“Artículo 4°. Financiación de la atención de eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – No POS-S. La atención de los eventos NO POS-S, se financiará por las entidades territoriales con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones – Sector Salud – Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, y los demás recursos previstos en las normas legales vigentes, garantizando el goce efectivo del derecho a la salud de esta población. Los pagos correspondientes se realizarán de conformidad con los procedimientos presupuestales correspondientes.”

Como se aprecia, la Ley 715 de 2001 y la Resolución 5334 de 2008 prevén que las atenciones en salud que excedan lo que se encuentra cubierto mediante el subsidio a la demanda se deberán cubrir con una porción de lo que los entes territoriales reciben por concepto del Sistema General de Participaciones. En el mismo sentido, la sentencia T-760 de 2008 señaló:

Ahora bien, al referirse al contenido del artículo 49 de la Ley 715 de 2001⁵⁰, la Corte en sentencia T-955 de 2011 señaló que “dependiendo del grado de complejidad del tratamiento, procedimiento o medicamento, la financiación correrá por cuenta de los municipios, de los distritos o de los departamentos, indicando que estos últimos deben garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad, ya que éstos deben ser asumidos por los municipios.”⁵¹ En ese sentido, en cada caso concreto se deberá identificar el nivel de complejidad del servicio que es suministrado por la institución prestadora de salud, para determinar a cual ente territorial corresponde hacerle el recobro, debiendo este

cubrirlo con parte de los recursos que recibe por concepto de participaciones.

Para el caso de los departamentos el artículo 43 de la Ley 715 señaló:

“Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.”

De las anteriores consideraciones se colige que cuando sean prestados servicios médicos no cubiertos con subsidios a la demanda, es decir excluidos del POSS, la responsabilidad en la financiación depende de la complejidad de la atención. Le corresponde a los municipios asumir lo que sea del nivel 1, mientras que los demás estarán en cabeza de los departamentos. En ambos casos la atención se financia con lo que cada ente territorial recibe por concepto del Sistema General de Participaciones. Entonces, el derecho de recobro de las atenciones en salud excluidas del POSS, consiste en el procedimiento administrativo que deben llevar las entidades que finalmente presten el servicio, encaminado a recuperar la sumas que hayan debido destinar para tal fin, con cargo al ente territorial que corresponda según el nivel de complejidad.

1. El concepto de portabilidad para el caso de atención médica excluida del POSS.

El concepto de portabilidad incluido por la Ley 1438 de 2011, “por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, consiste en que la prestación de los beneficios en salud se dé en cualquier lugar del país con la sola prestación de la cédula, en un marco de sostenibilidad financiera⁵². El artículo 22 de la norma lo define de la siguiente manera:

“Artículo 22. Portabilidad nacional. Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud podrán ofrecer los planes de beneficios en los dos regímenes, preservando los atributos de continuidad, longitudinalidad, integralidad, y adscripción individual y familiar a los equipos básicos de salud y redes integradas de servicios. El acceso a la atención de salud será a través de la cédula de ciudadanía u otro documento de identidad. Parágrafo transitorio. Esta disposición entrará en vigencia a más tardar el primero (1°) de junio del 2013.” (Subraya fuera de texto)

De igual manera, el artículo 61 ibídem hace alusión a la obligación que tienen las entidades promotoras de “garantizar, y ofrecer los servicios a sus afiliados de manera integral, continua, coordinada y eficiente, con portabilidad, calidad y oportunidad, a través de las redes.” (subraya fuer de texto).

Como se desprende de las normas citadas, la portabilidad impone a las entidades promotoras de salud, sean del régimen contributivo o del subsidiado, la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud a sus afiliados en todo el territorio nacional. En la sentencia T-627 de 2011 se señaló que este concepto tiene sus antecedentes en la garantía de accesibilidad del derecho a la salud:

“La portabilidad es el derecho que tiene todo colombiano a ser atendido por las entidades que componen el Sistema de Seguridad Social en Salud, en cualquier lugar del territorio. Al respecto, esta Corporación ha señalado en múltiples decisiones, teniendo en cuenta la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,⁵³ que son elementos esenciales del derecho a la salud,⁵⁴ la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. En particular, la accesibilidad hace referencia al derecho que tiene toda persona, sin discriminación alguna, de acudir a los establecimientos, bienes y servicios de salud en todo el territorio; así por ejemplo, en la sentencia T-542 de 2009 la Corte indicó que de conformidad con el contenido de la accesibilidad (...) se entiende que las EPS, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado tienen la obligación de hacer accesible el servicio de salud a los usuarios de forma material mediante la atención en clínicas, hospitales o centros de salud en las distintas zonas del país. Esta es precisamente la obligación que desarrolla la Ley 1438 de 2011, al ordenar que (...) todas las Entidades

Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud.

Entonces, se trata de garantizar que los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud puedan acceder a los servicios que requieran, en cualquier parte del territorio, y para ello, las EPS deben garantizar la prestación de los servicios de salud directamente, en las sedes de la entidad en las diferentes ciudades o regiones del país, y de forma indirecta, acuerdo con otras entidades promotoras de salud, sin que se exija a los usuarios solicitar los servicios de salud que requieran, únicamente, en lugar en el cual se afiliaron al Sistema.

Ahora bien, en cuanto a cuáles son los servicios que deben ser prestados por las EPS(S) en virtud de la portabilidad, es necesario acudir a la definición del POSS dada por el Acuerdo 29 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”. El artículo 2 de la norma establece:

Artículo 2. Plan Obligatorio de Salud. El Plan Obligatorio de Salud es el conjunto de tecnologías en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuya prestación debe ser garantizada por las entidades promotoras de salud. (Subraya fuera de texto)

De las normas y la jurisprudencia citadas se extrae que la garantía de portabilidad introducida por la Ley 1438 de 2011 le permite a los afiliados al sistema de seguridad social en salud, ya sean del régimen contributivo o subsidiado, acceder a los planes de salud POS(S) que deben ser garantizados por las EPS(S) en cualquier parte del territorio nacional.

Sin embargo, en el capítulo 6.1 se hizo alusión a la obligación de acompañamiento que tienen las EPSS cuando se nieguen a prestar un servicio excluido del POSS y se cumplan los requisitos para acceder a él. Así, si se tiene en cuenta que la portabilidad obliga de manera genérica a “garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional” y que una manera de garantizar el acceso es precisamente mediante la labor de acompañamiento, se concluye que las EPSS están obligadas a apoyar a sus afiliados cuando estos requieran de un servicio excluido del POSS, sin importar su ubicación geográfica.

Como ha quedado dicho, la condición de vulnerabilidad en que se encuentra el sector mas pobre de la población hace que sea excesivo imponer la carga de “descubrir” a qué ente debe acudir un individuo cuando su derecho a la salud depende del acceso a un servicio no incluido en el POSS. En ese sentido, sin importar que la persona se encuentre en su lugar de afiliación o fuera de él, la EPSS tiene la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de sus afiliados, de tal forma que en ningún caso la solución que se brinde puede ser el abandono del paciente y el sometimiento a trámites engorrosos que no esta en capacidad de soportar.

1. Análisis del caso concreto respecto de los temas desarrollados.

1. El presente asunto. De los antecedentes del caso se tiene que el accionante es un diseñador gráfico que se halla afiliado al régimen subsidiado en salud a través de COMPARTA EPSS como beneficiario del SISBEN 1 en el departamento de Boyacá, siendo su lugar actual de residencia la ciudad de Bucaramanga donde está culminando sus estudios. En atención particular le fue diagnosticada la enfermedad de “Queratocono” y ordenada la cirugía de “Cross Linking”, la cual fue negada por su EPSS bajo el argumento de que al ser un servicio no incluido en el POSS solo puede ser autorizado en el lugar de afiliación al sistema de salud. De esta manera, mediante acción de tutela pretende le sea ordenada la realización de la operación en el lugar en donde vive actualmente.

1. La revocatoria de las sentencias de instancia. Las decisiones de tutela dictadas por Juzgado 2° Civil Municipal de Bucaramanga y el Juzgado 3° Civil del Circuito de la misma ciudad negaron el amparo invocado, argumentando que el servicio médico solicitado se encontraba excluido del POSS y que había sido autorizado por un médico no adscrito a la EPSS de afiliación del señor Correa Morales.

Según quedó explicado, estos argumentos resultan insuficientes para negar la realización de un procedimiento quirúrgico excluido de los planes obligatorios de Salud. En cuanto al hecho

que el servicio esté excluido del POS(S), se explicó que este debe ser suministrado si: (i) está en riesgo la vida o se desmejoran las condiciones de salud del accionante; (ii) no existe dentro del POS(S) otro medicamento, tratamiento o procedimiento con el mismo nivel de efectividad; (iii) el usuario carece de los recursos económicos; y (iv) dicho medicamento, tratamiento o procedimiento fue prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS(S). Sin embargo, al revisar las sentencias de instancias, se evidencia que estas se limitaron a negar el amparo sin entrar a estudiar el cumplimiento de cada uno de estos requisitos. Sumado a ello, la Corte ha señalado que para que proceda la negación de un servicio de salud porque el médico no está adscrito a la EPSS, es necesario que esta desvirtúe científicamente la necesidad de la atención que se pide. En el caso concreto ello no ocurrió. Las autoridades judiciales simplemente adujeron la no pertenencia del galeno a la entidad para descartar la procedencia del amparo.

Por estas razones la Sala encuentra que las sentencias de instancia son contrarias a la Constitución y a los lineamientos jurisprudenciales dictados por esta Corporación, por lo que la Corte procederá a revocarlas en sede de revisión.

1. La pertenencia del accionante al régimen subsidiado y el traslado de municipio. Como quedó dicho, el SISBEN, como mecanismo de focalización del gasto social, es una herramienta de planeación administrativa encaminada a seleccionar a las personas más pobres y vulnerables de la población colombiana, para que sean beneficiarios de los programas de atención que garantizan la igualdad material de los grupos más discriminados y marginados. De la misma forma, se señaló que la asistencia en salud en el régimen subsidiado tiene por finalidad garantizar la atención de quienes no pueden cotizar, a través de subsidios a la demanda que cubren el pago de la UPCS de los afiliados al sistema.

En el presente asunto existen elementos de juicio que, a priori, permiten suponer que el accionante cuenta con medios económicos para pertenecer al régimen contributivo: i) en la acción de tutela señaló que se encuentra culminando sus estudios en la ciudad de Bucaramanga en donde debe pagar un arriendo mensual; ii) acudió de manera particular a la atención médica tanto del Doctor Juan Carlos Galvis como del especialista en córnea Alejandro Tello del Centro Oftalmológico Galvis; iii) este último le practicó la cirugía “Cross

Linking” también de manera particular, la cual tuvo un costo de 1’400.000; iv) en las atenciones médicas afirmó ser diseñador gráfico.

En atención a ello, la Corte encuentra necesario que se practiquen los procedimientos técnicos por las autoridades competentes para garantizar que al régimen subsidiado sólo pertenezcan quienes realmente son el sector más pobre y vulnerable de la sociedad, de tal forma que los recursos que el Estado destina a subsidiar la atención en salud, cumplan su finalidad constitucional. Por esta razón, se le compulsarán copias a los municipios de San Mateo y Bucaramanga, y al Ministerio de Salud y Protección Social, para que coordinadamente procedan a adoptar las medidas necesarias que verifiquen que la afiliación del accionante al régimen subsidiado se encuentra conforme al orden jurídico y si es del caso que apliquen las sanciones a que haya lugar.

De otro lado, también quedó explicado el deber que tienen los beneficiarios del régimen subsidiado de reportar a su EPSS el cambio de municipio de residencia, lo cual se entenderá cumplido cuando estos se acerquen a la red prestadora en el municipio receptor.

En el caso concreto es evidente que COMPARTA EPSS ya tiene conocimiento de del traslado de municipio del señor Correa Morales, por lo que se le ordenará que reporte dicha novedad ante las autoridades competentes, para que se adopten las medidas necesarias para el traslado de municipio del accionante y de esta forma garantizar que pueda acceder a los servicios de salud en su lugar actual de residencia.

1. La actuación de COMPARTA EPSS. En la parte motiva de esta providencia se señaló que cuando una EPSS encuentre probados los requisitos para acceder a un servicio excluido del POSS, esta podrá prestar directamente la atención, conservando el derecho a realizar el recobro. Sin embargo, en virtud de que, en principio, lo no cubierto con subsidios a la demanda es responsabilidad de los entes territoriales, en caso de que la EPSS se niegue a prestar el servicio, deberá esta, en todo caso, acompañar a sus afiliados en la realización de los trámites que deban surtir ante la secretaría de salud correspondiente, para lo cual deberá suministrarle la información necesaria, coordinar con el ente territorial e, incluso, abogar los intereses del usuario. Adicionalmente, se explicó el concepto de portabilidad impone también la obligación de garantizar dicho acompañamiento en cualquier lugar del territorio nacional.

En el presente asunto se observa que COMPARTA EPSS se negó a realizar el procedimiento quirúrgico solicitado por el accionante, bajo el único argumento de encontrarse en un lugar distinto al de afiliación al régimen subsidiado. Según las consideraciones expuestas en esta providencia, a dicha entidad le correspondía, como mínimo, entrar a estudiar el cumplimiento de los requisitos para acceder a servicios no POSS, de tal suerte que, de encontrarlos acreditados, pudiera proceder a realizar directamente la cirugía solicitada, conservando el derecho del recobro correspondiente. No obstante, el accionar de la entidad se limitó a señalarle al señor Correa Morales que debía remitirse a la seccional Boyacá de la entidad para adelantar allí su solicitud.

La Sala encuentra desafortunado ese proceder, puesto que se basó exclusivamente en un criterio territorial para desatender la solicitud del señor Correa Morales. Contrario a remitirlo a otras entidades en otros lugares del País, la entidad debió brindarle al accionante toda la información que necesitara para acceder al servicio que requería, así como acompañarlo en todos los trámites que debiera surtir, al punto de defender sus intereses en caso de ser necesario.

Por esta razón, la Corte llamará la atención a COMPARTA EPSS para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en prácticas que impongan cargas excesivas a sus usuarios, contradiciendo los postulados constitucionales a los que aquí se ha hecho mención.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 3° Civil del Circuito de Bucaramanga que confirmó la proferida por el Juzgado 2° Civil Municipal de la misma ciudad, en donde se negó el amparo solicitado por el ciudadano Luis Carlos Correa Morales contra COMPARTA EPSS.

Segundo: Declarar la CARENIA ACTUAL DE OBJETO por configurarse un hecho superado

respecto a la realización de la cirugía “Cross Linking” al señor Luis Carlos Correa Morales.

Tercero. Por intermedio de la Secretaría de esta Corporación COMPULSAR COPIAS de esta sentencia y del expediente respectivo, con destino a los Municipios de San Mateo – Boyacá y Bucaramanga, así como al Ministerio de Salud y Protección Social, para que coordinadamente y en el ámbito de sus competencias, verifiquen que la afiliación al régimen subsidiado del señor Luis Carlos Correa Morales se encuentra ajustada a la normativa vigente.

Cuarto. ORDENAR a COMPARTA EPSS que reporte ante las autoridades competentes el traslado de municipio del señor Luis Carlos Correa Morales, para que se adopten las medidas necesarias tendientes a que pueda acceder a los servicios de salud en su lugar actual de residencia.

Quinto. LLAMAR LA ATENCIÓN a COMPARTA EPSS para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en prácticas que impongan cargas excesivas a sus usuarios que contradicen los postulados constitucionales expuestos en esta sentencia, teniendo además en cuenta que éstos corresponden al sector más pobre y vulnerable de la población colombiana. Específicamente se la EXHORTA para que cuando sus usuarios soliciten atención en salud excluida del POSS, proceda a verificar si en el caso concreto se cumplen los requisitos para acceder ella, de tal suerte que, verificados éstos, proceda a prestar directamente la atención requerida o, en su defecto, acompañe al usuario en todos los trámites que deba surtir ante los entes territoriales, en los términos expuestos en esta providencia.

Sexto. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto ley 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 A partir de la Ley 1122 de 2007 “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, se cambió la denominación de Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) por Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPSS) (art. 14). Cuando en esta providencia se utilice la expresión EPS(S) se pretende significar que en ese caso específico se está haciendo alusión tanto a las Entidades Promotoras de Salud del régimen contributivo -EPS- como a las del régimen subsidiado -EPSS-.

2 La diferencia entre POS y POSS tiene origen en la distinción que existía entre el contenido del plan obligatorio de salud del régimen contributivo respecto del subsidiado. Sin embargo, el literal e del artículo 14 La Ley 1122 de 2007 estableció que progresivamente la Comisión de Regulación en Salud -CRES- debía actualizar el contenido del POSS de tal forma que se lograra la unificación de ambos. Sumado a ello, en el Ordinal Vigésimo Segundo de la parte resolutive de la Sentencia T-760 de 2008 se le ordenó a esa misma entidad que adoptara un programa para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios, teniendo en cuenta la población prioritaria y la sostenibilidad financiera del Sistema. Posteriormente, el artículo 34 de la Ley 1393 de 2010 estableció que la cobertura universal y la unificación de los Planes Obligatorios debía lograrse a más tardar el 31 de diciembre de 2015, plazo que fue luego fijado por el Gobierno Nacional mediante el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 para el año 2013. Esta meta ha sido progresivamente alcanzada dándole prioridad a los sectores mas vulnerables, para finalmente alcanzar la unificación total mediante el acuerdo 32 de 2012 de la CRES. En virtud de ello, si bien desde el punto de vista dogmático subsiste la diferencia entre POS y POSS, en la actualidad el contenido de ambos es el mismo. Por esta razón, cuando en esta providencia se utilice la expresión POSS se busca significar que en ese caso específico se está haciendo referencia al régimen subsidiado. De otro lado, cuando se

utilice la expresión POS(S) es porque para ese caso la premisa resulta igualmente aplicable a ambos regímenes.

3 Folio 5.

4 Folio 6.

5 Folios 8 y 9.

6 Folio 11.

7 Folio 10.

8 Folio 7.

9 Sentencia T-953 de 2011.

10 Ver sentencia SU-540 de 2007.

11 En el mismo sentido ver la sentencias T-515 de 2007 y T-953 de 2011.

12 En la sentencia T-760 de 2008 se señaló: “el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”

13 Sentencia T-736 de 2004.

14 Sentencia T-084 de 2011.

15 Sentencia T-557 de 2006.

16 Sentencias T-1066 de 2004, T-244 de 2008 y T- 1018 de 2008.

17 Sentencia T-359 de 2012.

18 Ver la sentencia T-379 de 2012 en donde se dijo: “La jurisprudencia ha señalado unos criterios que el juez de tutela deberá observar, cuando frente a medicamentos, procedimientos e intervenciones excluidos del POS o del POS-S, pero imprescindibles para la preservación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o práctica. En el compendio efectuado mediante la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, (...), la Corte reiteró que debe emitirse una orden de amparo a favor de la persona que requiera un servicio médico no incluido, cuando concurren las siguientes condiciones: ‘(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.’ Esta postura ‘ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere.’”

19 Sentencia T-049 de 2009.

20 El artículo 2 de la Ley 100 de 1993 define este principio como la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

21 Artículo 212, Ley 100 de 1993.

22 El artículo 94 de la Ley 715 de 2001 dispone que el gasto social debe estar dirigido a la población más pobre y vulnerable del país, y que, en este orden de ideas, éste debe

ejecutarse por las entidades territoriales de conformidad con el sistema de identificación y selección de beneficiarios que el Conpes diseñe cada tres años para el efecto.

23 Cfr. con el artículo 1° del Decreto 4816 de 2008 que reglamentó el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007.

24 Cfr. Sentencia T-307 de 1999.

25 Sentencia T-949 de 2006.

26 Artículo 94. Modificado por la Ley 1176 de 2007, artículo 24. Focalización de los servicios sociales. Focalización es el proceso mediante el cual, se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable. El Conpes Social, definirá cada tres años los criterios e instrumentos para la determinación, identificación y selección de beneficiarios, así como, los criterios para la aplicación del gasto social por parte de las entidades territoriales. El Gobierno Nacional, a través del Departamento Nacional de Planeación, definirá las condiciones de ingreso, suspensión y exclusión de las personas a las bases de datos que hacen parte de los mencionados instrumentos, los cruces de información necesarios para su depuración y actualización, así como los lineamientos para su implementación y operación, el diseño de las metodologías, la consolidación de la información a nivel nacional, los controles de calidad pertinentes; y coordinará y supervisará su implementación, mantenimiento y actualización. En desarrollo de esta atribución, el Gobierno Nacional, en situaciones especiales y con el objetivo de garantizar la efectividad de los instrumentos de focalización, de manera preventiva podrá suspender temporalmente su actualización en el país, con las excepciones a que hubiere lugar. Para la definición de los criterios de egreso, suspensión o exclusión de las personas de las bases de datos, se tendrán en cuenta la aplicación de los principios de transparencia, igualdad y publicidad de la información, que no goce de protección constitucional o reserva legal, así como los principios constitucionales que rigen la administración de datos personales, de conformidad con las normas vigentes. Las entidades territoriales tendrán a cargo su implementación, actualización, administración y operación de la base de datos, conforme a los lineamientos y metodologías que establezca el Gobierno Nacional. En todo caso, las entidades territoriales al realizar inversión social, especialmente mediante la asignación de subsidios, deben aplicar los criterios e instrumentos de focalización, definidos por el Conpes Social. Los diferentes

programas sociales del orden nacional o territorial, deben definir la forma en que aplicarán los criterios e instrumentos para la focalización, contemplando además los criterios de egreso o cesación de la condición de beneficiarios que resulten pertinentes, en función de los objetivos e impactos perseguidos. Los gobernadores y alcaldes deben tomar las medidas pertinentes para garantizar que los grupos de población pobre y vulnerable tengan acceso a los servicios básicos.

27 Cfr. art. 213, Ley 100 de 1993.

28 En el mismo sentido, el artículo 3 del Acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispone que serán beneficiarios del Régimen Subsidiado en Salud “la población pobre y vulnerable, clasificada en los niveles I y II del SISBEN o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados al Régimen Contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción. Esta población recibirá subsidios plenos o totales.”

29 (...) b) La ampliación de cobertura con subsidios parciales a nivel municipal se hará una vez se haya logrado una cobertura del 90% al régimen subsidiado de los niveles I y II del Sisbén y aplicará únicamente para personas clasificadas en el nivel III del Sisbén. Tendrán prioridad quienes hayan perdido su afiliación al régimen contributivo, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Ministerio de la Protección Social;”. c) Los beneficiarios del nivel III del Sisbén que estén afiliados al Régimen Subsidiado mediante subsidios totales o parciales al momento de la entrada en vigencia de la presente ley y que hayan recibido su carné de régimen subsidiado de acuerdo a las reglas vigentes en el momento de la carnetización, mantendrán su condición siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para ser beneficiarios; (...)

30 Mecanismos de detección de cambio de municipio de residencia. La población que cambie de municipio o distrito de residencia deberá reportar esta novedad ante su EPS-S en el marco de sus derechos y deberes en el SGSSS. Sin perjuicio de lo anterior, se consideran como mecanismos válidos de identificación de traslados de municipio o de distrito de residencia los siguientes: 1. Cuando ante la red prestadora de servicios de primer nivel de atención se presenten afiliados de otros municipios, caso en el cual recordará al afiliado su deber de notificar a la EPS-S si su cambio de residencia es permanente. 2. Cuando la entidad territorial

del municipio o distrito receptor atienda la solicitud de afiliación o de la aplicación de la encuesta SISBEN. La Entidad Territorial del municipio receptor, deberá informar en un término no mayor a quince (15) días a la EPS-S y a la Entidad Territorial responsable de la operación del Régimen Subsidiado del municipio de origen, sobre la novedad del afiliado.

2. Para la continuidad de la afiliación en la siguiente vigencia contractual: a. La población deberá ser sisbenizada antes del inicio del nuevo periodo de contratación. Si el afiliado, obtiene un puntaje de SISBEN I o II, la Entidad Territorial responsable de la operación del Régimen Subsidiado mantendrá su afiliación. Si el afiliado incrementa su puntaje a un nivel III de SISBEN, continuará su afiliación, no obstante se deberá verificar sus condición de elegibilidad descrito en los artículos 11 y 12 del presente Acuerdo. b. Cumplida la condición del literal a), si el afiliado se encuentra en un municipio donde la EPS-S no tiene autorización éste podrá seleccionar una nueva EPS-S y se registrará de acuerdo con la normatividad vigente como una novedad de traslado de EPS. Dicho traslado se encuentra exento del periodo de traslado de que trata el artículo 34 del presente Acuerdo. Parágrafo 1. Durante la vigencia contractual el puntaje SISBEN obtenido en el municipio de origen que asignó el subsidio se considerará como válido en el municipio receptor, con el objetivo de garantizar la continuidad de la afiliación del beneficiario y en concordancia con el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007. Una vez finalizada la vigencia contractual, si a el ciudadano no ha se le ha aplicado la encuesta SISBEN habiendo solicitado su nueva aplicación, mantendrá su afiliación al Régimen Subsidiado en el municipio receptor. Dicha afiliación se financiará con recursos de esfuerzo propio del municipio receptor, hasta tanto cumpla con el procedimiento de aplicación de la encuesta SISBEN. Parágrafo 2. Si la población pertenece a un grupo especial y no ha perdido las condiciones fijadas para pertenecer a éste, las entidades responsables de la elaboración de los listados censales deberán registrar la novedad de cambio de municipio de residencia e informará a la nueva EPS-S para que proceda a registrar la novedad de cambio de municipio en la BDUA.

32 El literal f del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 establece dentro de las Características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud el que “por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.” En esta providencia se utilizan las siglas UPCS para hacer alusión a la Unidad de Pago por Capitación en el Régimen Subsidiado, estos es, aquella que se encuentra cubierta con

subsidios a la demanda.

33 Recursos para aseguramiento. El artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 y por el artículo 34 de la Ley 1393 de 2010, quedará así:

Artículo 214. La Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

1. De las entidades territoriales:
1. Los recursos del Sistema General de Participaciones para salud, se destinarán al Régimen Subsidiado partiendo como mínimo del sesenta y cinco por ciento (65%) de acuerdo con el plan de transformación concertado entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales hasta llegar al ochenta por ciento (80%) a más tardar en el año 2015. En todo caso el 10% del Sistema General de Participaciones para Salud se destinará a financiar las acciones en salud pública. El porcentaje restante se destinará a financiar prioritariamente la prestación de servicios en aquellos lugares donde solo el Estado está en capacidad de prestar el servicio de salud en condiciones de eficiencia y/o subsidios a la demanda, de acuerdo con los planes financieros y de transformación de recursos que presenten las entidades territoriales, los cuales deberán ser avalados de manera conjunta por los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público.
2. Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación. Estos recursos se girarán directamente a la cuenta de la entidad territorial en el fondo de financiamiento del régimen subsidiado y se contabilizarán como esfuerzo propio territorial serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.
3. Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinarán por lo menos el 50% a la financiación del Régimen Subsidiado o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la presente ley estén asignando, si este es mayor. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial y no podrán disminuirse serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.
4. Los recursos de regalías serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.
5. Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del Régimen Subsidiado.

- 2. Del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga):
- 1. Uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.
- 2. El monto de las

Cajas de Compensación Familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993. 3. Recursos del Presupuesto General de la Nación que a partir del monto asignado para el año 2010, que se requieran de manera progresiva para la universalización de la cobertura y la unificación de los planes de beneficios, una vez aplicadas las demás fuentes que financian el Régimen Subsidiado. 4. Las cotizaciones que realizarán los patronos al Fondo de Solidaridad cuando el trabajador no quiera retirarse del Régimen Subsidiado, en los términos de la presente ley. 5. Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones. 3. Otros: 1. Recursos definidos por recaudo de IVA definidos en la Ley 1393 de 2010. 2. Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el Régimen Subsidiado. 3. Recursos de la contribución parafiscal de las Cajas de Compensación Familiar.

34 Sentencia T-557 de 2006.

35 En términos estrictos la expresión “no cubiertos con subsidios a la demanda” se refiere a: i) lo no incluido en el POSS y ii) la atención en salud de la población “vinculada” al sistema. Esto por cuanto la atención en salud en esos dos casos no se cubre con los rubros que subsidian el pago la UPCS, en los términos establecidos por el artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 y por el artículo 34 de la Ley 1393 de 2010. Sin embargo, del lenguaje de la Ley 1122 de 2007 es posible considerar que al hacer uso de esa expresión solo se hace alusión a lo no incluido en el POSS. Un ejemplo de ello se presenta con el artículo 20 de la Ley en donde se diferencian ambos casos: “las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada (vinculados) y lo no cubierto por subsidios a la demanda (lo excluidos del POSS)”.

36 Es necesario aclarar que en virtud del artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, la palabra “gestión” utilizada por la Ley 715 de 2001, en ningún caso implica que la atención sea prestada directamente por el ente territorial. Al respecto dice la norma: “Artículo 31. Prohibición en la prestación de servicios de salud. En ningún caso se podrán prestar servicios asistenciales de salud directamente por parte de los Entes Territoriales.”

37 Sentencia T-084 de 2011.

38 De acuerdo con el artículo 4° de la Ley 1122 de 2007 “[l]as entidades que a la vigencia

de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS) (...).”.

39 Corte Constitucional, Sentencia T-515 de 2007.

40 Corte Constitucional, Sentencia T-084 de 2011.

41 Corte Constitucional, Sentencia T-398 de 2008. Ver también las sentencias T-385 de 2007 y T-165 de 2007.

42 Corte Constitucional, Sentencia T-515 de 2007, entre otras.

43 El artículo 201 de la Ley 100 de 1993, dispone que en sistema general de salud coexisten dos regímenes el contributivo y el subsidiado, el artículo 29 del Decreto reglamentario 806 de 1998 establece que la población pobre y vulnerable del País será afiliada al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, el artículo 30 de la misma disposición garantiza a los afiliados al régimen subsidiado el alcance progresivo de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo, y el artículo 31 del decreto en mención prevé que cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera un servicio no incluido en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir sus costos puede acudir a una entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado para demandar la prestación del servicio.

44 Sentencias T-541 de 2003 y T-314 de 2010.

45 Sentencia T-314 de 2010.

46 “Por medio del cual se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado”.

47 “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”.

48 Sentencia T-1018 de 2008.

49 Mediante el Acto Legislativo 01 de 2001 se modificaron los artículos 356 y 357 de la Constitución y se cambió el “Situado Fiscal” por el “Sistema General de Participaciones” que

regula lo concerniente al régimen de transferencias que debe efectuar la Nación a los entes territoriales para el cubrimiento de las obligaciones a su cargo, dentro de los cuales se encuentra de manera prioritaria la atención en salud. El artículo 356 fue luego modificado mediante el acto Legislativo 04 de 2007 en donde se incluyeron nuevos rubros a los que se deben destinar estos recursos.

50 Distribución de los recursos de la participación para la prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda. Para el cálculo de los recursos del componente destinado a la prestación de los servicios de salud a la población pobre, en lo no cubierto con subsidios a la demanda, se tomará el total de los recursos del Sistema General de Participaciones para salud en la respectiva vigencia y se le restarán los recursos liquidados para garantizar la financiación a la población pobre mediante subsidios a la demanda y los recursos destinados a financiar acciones de salud pública definidas como prioritarias por el Ministerio de Salud. Para distribuir los recursos entre estas entidades territoriales, se tomará el monto total de los recursos para este componente, se dividirá por la población pobre por atender nacional ajustada por dispersión poblacional y por un factor de ajuste que pondere los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. El valor per cápita así resultante, se multiplicará por la población pobre por atender de cada municipio, corregimiento departamental o distrito ajustada por dispersión poblacional y por un factor de ajuste que pondere los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. La población atendida para los efectos del presente cálculo, será la del año anterior a aquel para el cual se realiza la distribución. A cada departamento le corresponderá el 59% de los montos resultantes de efectuar los cálculos anteriormente descritos de los municipios y corregimientos departamentales de su jurisdicción, los cuales deberán destinarse para garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad, con los mismos criterios que la Nación aplica en la distribución para este componente. El 41% restante se deberá destinar a financiar la atención en el primer nivel de complejidad de cada uno de los municipios y corregimientos de los respectivos departamentos. Para los efectos del presente artículo se entiende como población pobre por atender, urbana y rural de cada distrito, municipio o corregimiento departamental, la población identificada como pobre por el Sistema de Identificación de Beneficiarios que defina el Conpes, no afiliada al régimen contributivo o a un régimen excepcional, ni financiada con recursos de subsidios a la demanda. Se entiende por dispersión poblacional, el resultado de dividir la extensión en kilómetros cuadrados de cada distrito o municipio entre

la población urbana y rural del mismo. El ajuste se hará en favor de los municipios cuyo indicador esté por encima del promedio nacional, de acuerdo con un factor que determinará anualmente el Conpes.

51 Sentencia T-955 de 2011.

52 Cfr. artículos 1 y 2 de la Ley 1438 de 2011.

54 Ver al respecto las sentencias T-884 de 2003, T-739 de 2004, T-223 de 2005, T-905 de 2005, T-1228 de 2005, T-1087 de 2007 y T-550 de 2009.