

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS BARRERAS QUE IMPIDEN LA  
AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE  
COLOMBIA, PERIODO 2007-2010

CARLOS ANDRÉS RODRÍGUEZ DÍAZ

UNIVERSIDAD ICESI  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
SANTIAGO DE CALI

2010

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS BARRERAS QUE IMPIDEN LA  
AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE  
COLOMBIA, PERIODO 2007-2010

CARLOS ANDRÉS RODRÍGUEZ DÍAZ

Trabajo de Grado

Profesora

DIANA MARCELA SOLANO

UNIVERSIDAD ICESI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

SANTIAGO DE CALI

2010

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	1
<b>Capítulo I</b> .....	4
CONTEXTUALIZACIÓN .....	4
La salud vista como un derecho .....	4
La salud vista como un servicio público .....	8
<b>Capítulo II</b> .....	14
LÍNEAS JURISPRUDENCIALES .....	14
1. LA MÚLTIPLE AFILIACIÓN .....	17
2. LÍMITES A LA LIBERTAD DE ESCOGENCIA .....	31
3. LÍMITES A LA AFILIACIÓN DE BENEFICIARIOS .....	41
CONCLUSIONES .....	56

## INTRODUCCIÓN

Una vez se puso en marcha el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) diseñado por la Ley 100 de 1993 se identificaron una serie de problemas que tenían como resultado impedir el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. Los obstáculos que surgen de dichos problemas han sido catalogados por la doctrina como barreras de acceso a la salud<sup>1</sup>.

Las barreras son de distinta índole y pueden provenir de fuentes diversas. Por ejemplo, que la administración determine un catálogo de servicios sujetos a subsidios, impide a las personas de bajos recursos acceder a aquellos servicios no incluidos en ese catálogo e igualmente necesarios para su subsistencia. También se presenta como barrera para las personas de escasos recursos, que se les exija el pago de cuotas moderadoras o copagos para poder acceder a algún servicio. Su origen proviene del diseño mismo del sistema que requiere que las personas realicen aportes para su sostenibilidad financiera. A otra barrera se ven sometidas aquellas personas que viven en zonas alejadas de los centros médicos, causada, entre otras razones, porque el Estado y las EPS no han adoptado las medidas necesarias para acercar los servicios médicos a la población.

Entre las diferentes barreras de acceso a la salud, encontramos los obstáculos que deben sortear las personas para afiliarse al SGSSS, teniendo en cuenta que la afiliación es el primer paso que se debe agotar para acceder a los servicios de salud dispuestos por el sistema. Además, cumple con el objetivo de hacer efectivo el principio de universalización, que consiste en cubrir las contingencias de salud sin ningún tipo de discriminación. También permite lograr la sostenibilidad financiera del sistema y cumplir con el principio de solidaridad, mediante los aportes realizadas por las personas con capacidad de pago para subsidiar la prestación de los servicios de las personas menos favorecidas. Por las anteriores razones esta barrera será el tema objeto de estudio en este trabajo.

Ahora bien, la Corte Constitucional por medio de sus fallos de tutela o de constitucionalidad ha identificado algunas barreras que aquejan al sistema y, como respuesta, ha impartido órdenes a los distintos actores involucrados con el objetivo de armonizar su funcionamiento. Por tal motivo resulta importante desarrollar el tema de las barreras a la afiliación al sistema a través de la revisión de las sentencias de la Corte Constitucional. Sin embargo no se tendrán en cuenta todas las sentencias proferidas por esta Corporación durante su existencia, puesto que el sistema de salud ha

---

<sup>1</sup> Colombia. Procuraduría General de la Nación. *El derecho a la salud: en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección y vigilancia del Estado Colombiano en Materia de Quejas de Salud*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. DeJuSticia; Agència Catalana de Cooperación Desenvolupament, 2008. p. 8

sido sujeto de modificaciones con el transcurrir del tiempo, como fue el caso de la ley 1122 proferida en el 2007. Por esta razón, el periodo de tiempo abarcado en este trabajo está comprendido entre el 2007 y el 2010.

De acuerdo a lo anterior, el objetivo principal de este trabajo consiste en mostrar la respuesta de la Corte Constitucional ante la barrera que en este trabajo se denomina “barrera a la afiliación al sistema de salud en Colombia”. Para cumplir con dicho objetivo, el trabajo será dividido en tres capítulos. En el primero de ellos, se plantea como objetivo específico contextualizar el derecho a la salud en Colombia y mostrar la importancia de la afiliación para hacerlo efectivo. Para desarrollarlo, se tendrá en cuenta la definición del derecho a la salud de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; una descripción breve del SGSSS regulado por la ley 100 de 1993, resaltando el tema de las formas de afiliarse al sistema; luego se enunciarán los distintos problemas identificados en la puesta en marcha de la ley 100 y que motivaron la expedición de la ley 1122, mostrando los principales aspectos que pretende reformar, entre estos la afiliación al sistema, y por último, se mostrarán los problemas identificados por otras investigaciones, que subsisten a pesar de haberse expedido la Ley 1122, entre ellos las barreras de acceso a los servicios de salud, más específicamente la que es objeto de investigación.

El segundo capítulo tiene como objetivo identificar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, periodo 2007-2009, las principales dificultades que se le presentan a una persona que desea afiliarse o trasladarse a alguna entidad promotora de servicios de salud (EPS) y la solución que la Corte Constitucional ha planteado para cada una de ellas. Para hacerlo se desarrollarán tres líneas jurisprudenciales de sentencias de dicha Corporación, correspondientes a los temas de la múltiple afiliación, los límites a la libertad de escogencia y las restricciones para la afiliación de beneficiarios. Los tres son considerados “sub barreras” que impiden la vinculación al SGSSS, de manera que su unión se convierte en una ‘suprabarrera’ que en este trabajo se denomina “barrera a la afiliación al sistema”, en la cual, según se ha explicado, se centra el presente trabajo.

El desarrollo de estas líneas se realizará de acuerdo a la metodología planteada por Diego López Mediana en su libro *El Derecho de los Jueces*. Esta consiste en plantear un problema jurídico sustentado en unos supuestos fácticos concretos, para luego presentar en orden cronológico los elementos más relevantes que cada una de las sentencias aportan para la construcción de la *ratio decidendi* que solucione el problema jurídico. Para cada línea se realizará el anterior procedimiento.

El último capítulo presentará las conclusiones generales que pretenderán responder la pregunta que motiva la realización de este trabajo: ¿cuál es la solución planteada por la Corte Constitucional ante

los problemas que se presentan en la afiliación de las personas al sistema? La respuesta será el resultado de la construcción de una *ratio decidendi* global, que consiste en el producto de la suma de los elementos más significativos de las *ratios* de cada línea jurisprudencial desarrollada.

## Capítulo I

### CONTEXTUALIZACIÓN

En el presente capítulo se presentará el desarrollo conceptual que ha tenido el derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y un recorrido breve sobre los objetivos que busca alcanzar el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) diseñado por la ley 100 de 1993. Luego, se mostrarán algunas falencias que ha tenido la aplicación de la ley 100 y que motivaron la expedición de la ley 1122 de 2007. Por último, se presentarán los problemas que aún subsisten y aquejan la prestación de los servicios de salud, dentro de los cuales se encuentran las barreras injustificadas al acceso a los servicios de salud, para al final destacar la importancia de abordar la “barrera a la afiliación al sistema”.

Ahora bien, el derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política, cuyo tenor literal establece: *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.* Para la Corte Constitucional esta norma le otorga a la salud una doble connotación: por un lado, es un servicio público y por el otro es un derecho. Por lo tanto, todas las personas tienen el derecho de acceder a los servicios de salud, y al Estado le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud.

#### **La salud vista como un derecho**

El derecho a la salud ha sido objeto de una evolución doctrinaria. En una etapa temprana<sup>2</sup>, la jurisprudencia constitucional se inclinaba en considerarlo como un derecho meramente prestacional. Este criterio se fundaba en la distinción tradicional de derechos civiles y políticos, y los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), siendo los primeros reconocidos como derechos fundamentales, y en consecuencia susceptibles de ser protegidos vía acción de tutela, mientras que los DESC, grupo al que hace parte el derecho a la salud, son considerados como derechos meramente prestacionales y de ejecución progresiva, por lo cual su cumplimiento depende en gran medida de los recursos disponibles en un Estado, bastante limitados en países como Colombia, y de acciones tanto legislativas como administrativas, impidiendo su exigencia vía jurisdiccional.

---

<sup>2</sup> Sobre las etapas que ha atravesado el derecho a la salud véase la sentencia T-760-07, MP. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Sin embargo, la Corte admitió en sentencias como la T-571 de 1992<sup>3</sup> y la T-685 de 2008<sup>4</sup> que los DESC pueden ser protegidos por la acción de tutela a través de la conexidad. Esta tesis plantea que un derecho de índole prestacional puede considerarse fundamental conexo, siempre y cuando su trasgresión signifique la vulneración de derechos de índole fundamental, como el derecho a la vida, al mínimo vital o a la dignidad humana. Al mismo tiempo, la Corte considera que el derecho a la salud tiene carácter fundamental autónomo en los casos en que se encuentre en cabeza de un menor de edad por disposición constitucional<sup>5</sup>, y en las poblaciones que por sus características especiales se encuentran en estado de debilidad manifiesta, como por ejemplo las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, las personas de la tercera edad<sup>6</sup>, los discapacitados, los desplazados<sup>7</sup> y las personas que padecen de VIH -SIDA<sup>8</sup>.

Otra tesis planteada por la Corte Constitucional para predicar el carácter fundamental de los DESC es su transmutación, desarrollada en la sentencia T-859 de 2003. Esta tesis plantea que una vez los derechos prestacionales han sido concretizados mediante la consagración legal de una serie de servicios básicos para las personas, en el caso del derecho a la salud estamos hablando de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), éstos derechos adquieren un carácter fundamental, susceptibles de ser exigidos vía tutela cuando son negados.

En sentencias posteriores, como la T-016-07<sup>9</sup>, la Corte cambió su posición sobre el derecho a la salud y empezó a considerarlo como fundamental autónomo. El cambio se basó en lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)<sup>10</sup>, en la Observación General<sup>11</sup>

---

<sup>3</sup> MP JAIME SANIN GREIFFENSTEIN.

<sup>4</sup> MP MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

<sup>5</sup> Constitución Política, ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, **la salud y la seguridad social**, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. (resaltado fuera de texto)

<sup>6</sup> véase las sentencias: T-1081-01, T-892-2005, T-989-05, T-004-02, T-801-98, T-036-95, T-495-97 y T-1087-07.

<sup>7</sup> véase las sentencias T-025-04 MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

<sup>8</sup> véase las sentencias: T-185 de 2000 y T-010-04

<sup>9</sup> Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

<sup>10</sup> “[E]s el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto.”. Recurso electrónico: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos. *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/> (Consultada el 4 de septiembre de 2010)

No. 14 al interpretar el artículo 12<sup>12</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En dicha observación, el CDESC determinó que:

*“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Corte el carácter fundamental de un derecho no depende de la naturaleza prestacional que éste tenga. En efecto, tanto los derechos civiles y políticos como los DESC requieren de erogaciones presupuestarias para lograr su efectividad. Por ejemplo, una forma para preservar el derecho a la vida de las personas es a través de la inversión de recursos en el aparato policial y judicial, de esta forma se mantiene el orden y se desincentiva a las personas que deseen realizar actividades que la amenacen. Así en la sentencia T-016-07, con respecto a la diferenciación de tratamiento de los derechos, radicada en su carácter prestacional, la Corte establece lo siguiente:

*“**todos** los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad”*(Resaltado dentro del texto)

Por lo tanto, la Corte en esa misma sentencia concluye que independientemente de si se trata de derechos civiles y políticos o DESC:

*“Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –*

---

<sup>11</sup> “Las observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, ofrecen la interpretación autorizada del Protocolo Internacional de Derechos Económicos y Culturales (PIDESC), tratado que hace parte del *Bloque de Constitucionalidad*, por remisión del artículo 93 de la Carta. Por lo tanto, constituyen un valioso criterio de interpretación para precisar el alcance del derecho a la Salud” (Corte Constitucional, sentencia T-1087-07. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO)

<sup>12</sup> “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

*económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)” (Resaltado dentro del texto)*

Esta posición posteriormente se ratifica en la sentencia T-760-08<sup>13</sup>, la cual establece:

*“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía”*

Sin embargo, a pesar de que todos los derechos consagrados en la Constitución sean considerados como fundamentales, la Corte reconoce que la efectividad de algunos derechos significa una alta inversión de recursos escasos, y por lo tanto, su realización debe ampliarse progresivamente, de acuerdo con el nivel de desarrollo del Estado<sup>14</sup>. Por lo tanto, es el juez, en caso de que se interponga una acción de tutela<sup>15</sup>, quien debe analizar con detalle cada caso en concreto y la situación en la que se encuentre la persona que exige el cumplimiento. Para el efecto, la Corte determinó que el operador jurídico debe considerar la falta de capacidad económica, el estado de indigencia, el alto riesgo de ver afectada la posibilidad de vivir una vida digna, con el fin de determinar la procedencia de la tutela en caso de omisión legislativa y administrativa, pues se trata de derechos fundamentales.

También en la sentencia T-760-08, la Corte Constitucional explica que el hecho de considerarse como fundamental, no implica necesariamente que se pueda exigir en todos los casos con la acción de tutela:

---

<sup>13</sup> MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

<sup>14</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-1087-07, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

<sup>15</sup> La acción de tutela es una acción extraordinaria consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y regulado por el decreto 2591 de 1991, y pretende ser un mecanismo que permita: “asegurar a todas las personas una vía de acceso a la justicia, dada la importancia de los intereses comprometidos” (Barreto Rodríguez, José Vicente. *Acción de Tutela: Teoría y Práctica* Tercera Edición. Bogotá, Legis Editores S.A., 2001. p. 139). El hecho de ser una acción extraordinaria, implica que sea un instrumento jurídico breve y sumario, a disposición de las personas, quienes en ausencia de medio eficaz ordinario de defensa puedan utilizarla para buscar el respeto de sus derechos fundamentales frente a una vulneración o una amenaza.

“reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables”

### **La salud vista como un servicio público**

Con respecto a la salud vista como un servicio público, la observación No. 14 plantea los siguientes elementos esenciales a tener en cuenta a la hora de prestar el servicio: *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*. Como este trabajo trata sobre el acceso al sistema mediante la afiliación, solo me referiré al elemento de la *accesibilidad*<sup>16</sup>, para así poder determinar si el SGSSS está cumpliendo con este elemento o no. El elemento de *accesibilidad* se manifiesta en cuatro dimensiones de las cuales sólo se hará referencia a la no discriminación y al acceso a la información, por ser de mayor relevancia para este trabajo. La primera de ellas consiste en que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna. La segunda, consiste en el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, sin menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

En la observación No. 14, también se consagran las siguientes obligaciones en cabeza de los Estados para garantizar la prestación de los servicios de salud: de *respeto*, de *protección* y de *cumplimiento*. La obligación de *respeto* exige que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de *protección* requiere que los Estados adopten medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios que en este respecto son proporcionados por terceros; vigilar, por ejemplo, que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la accesibilidad de los servicios de atención de la salud. La obligación de *cumplir* requiere, en particular, que los Estados reconozcan de manera suficiente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio de este derecho.

---

<sup>17</sup> Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida

En virtud de la obligación de cumplir, el Estado profirió la ley 100 de 1993, mediante el cual diseña el sistema de seguridad en salud, regido por los principios de universalidad<sup>17</sup>, solidaridad<sup>18</sup> y eficiencia<sup>19</sup>, consagrados en el artículo 2 de dicha ley. Una forma de desarrollar estos principios es a través de la afiliación obligatoria de las personas a cualquiera de los dos regímenes, ya sea contributivo y subsidiado. Al régimen contributivo pertenecen las personas que tienen la capacidad económica suficiente para realizar aportes, destinados a la cobertura de sus servicios de salud y a la sostenibilidad del sistema. Las personas eligen la Entidad Prestadora de Servicios de Salud (EPS) a la cual desean afiliarse, que se encargará de gestionar el aseguramiento, de recaudar las cotizaciones obligatorias y de garantizar, tanto para el cotizante como para sus beneficiarios, la prestación de los servicios de salud básicos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS)<sup>20</sup>, a través de convenios realizados con Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) públicas o privadas.

El régimen subsidiado está destinado a garantizar el acceso a los servicios de salud de las personas que carecen de los recursos suficientes como para acceder al régimen contributivo. Su financiación se hace con los recursos fiscales y de solidaridad<sup>21</sup>. Para determinar las personas beneficiarias de este régimen se utiliza el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN). Este sistema permite identificar la población más pobre, vulnerable del país, y la que requiere con mayor urgencia pertenecer al régimen, a través de una encuesta de clasificación socioeconómica diseñada por el Departamento Nacional de Planeación, de esta forma se busca asignar los recursos escasos a las personas que más lo requieren. Esta encuesta determina el nivel de SISBEN al que pertenece cada persona. Los niveles I y II reciben un subsidio total para los servicios de salud, en cambio el nivel III recibe un subsidio parcial. La administración del régimen subsidiado

---

<sup>17</sup> Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida

<sup>18</sup> Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables

<sup>19</sup> Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente

<sup>20</sup> El POS actual está definido por la Comisión de Regulación en Salud (CRES), mediante los Acuerdos 004 y 011, la CRES amplió los beneficios para las niñas, niños y adolescentes del régimen subsidiado que a partir de enero 1o de 2010 tienen derecho al mismo Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, es decir el definido en el Acuerdo 008. Recurso electrónico: Plan Obligatorio de Salud POS, <http://www.pos.gov.co/Paginas/possubsidiado.aspx>, consultada el 12 de septiembre de 2010

<sup>21</sup> La solidaridad opera a través del 1,5% de la contribución de los afiliados al régimen contributivo, regímenes especiales y de excepción, que es destinada para el régimen subsidiado (artículo 10, Ley 1122 de 2007), así como los aportes de las cajas de compensación familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

corresponde a las administraciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscriben contratos de administración del subsidio con las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS-S), que son las encargadas de la afiliación de los beneficiarios y de la prestación directa o indirecta, a través de las IPS, de los servicios definidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S)<sup>22</sup>, de menor cobertura que el del régimen contributivo, pero con la promesa de ser igualado con el transcurso del tiempo.

La cobertura y afiliación de la población en ambos regímenes se hace de manera progresiva, de manera que algunos sectores de la sociedad no se encuentran afiliados a ninguno de ellos. A estas personas se las denomina participantes vinculados. Tienen en común con los pertenecientes al régimen subsidiado su incapacidad de pago, los diferencia el hecho de que estos últimos se encuentran afiliados a una entidad específica, una EPS-S. Por su parte, los participantes vinculados no han agotado el trámite necesario para estar afiliados a una EPS-S, siendo sus servicios de salud prestados por instituciones públicas, y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para tal efecto. En principio esta calidad es provisional, mientras se realiza su afiliación al régimen subsidiado.

Con estas formas de afiliación, se pretende lograr el acceso a los servicios de salud de toda la población (universalidad); facilitar el acceso a los servicios de salud de las personas con menores recursos económicos, con el apoyo conjunto del Estado y de las personas con capacidad de pago (solidaridad); lograr que los recursos de los servicios de salud se destinen equitativamente, atendiendo a las necesidades de los distintos sectores de la sociedad (eficiencia). Sin embargo, en el año 2004, se dispuso una Comisión en el senado encargada de estudiar el funcionamiento del sistema para verificar si se estaba cumpliendo con los objetivos por los que fue diseñado, encontraron las siguientes falencias:

*“(i) no se está garantizando un trato equitativo a todos los colombianos (ii) no ha sido posible ofrecerle a todos los colombianos el derecho a un seguro bajo relaciones contractuales modernas, diferentes de la caridad y las vinculaciones clientelares precedentes (iii) se mantiene un sistema de salud fragmentado, integrado por dos componentes fundamentales, el de oferta y el demanda*

---

<sup>22</sup> Al estar afiliado al régimen subsidiado, se tiene derecho a los siguientes servicios: Acciones de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad, en maternidad, consulta (con el médico general y con el especialista) y en diagnóstico. Aquello que no está incluido, lo cubre el Estado a través de las Secretarías y/o Direcciones de Salud de cada departamento. Recurso electrónico: Plan Obligatorio de Salud POS, <http://www.pos.gov.co/Paginas/possubsidiado.aspx>, consultada el 12 de septiembre de 2010.

*(iv) No existe una política explícita de salud pública(v) no existe una ordenación adecuada de acciones de salud pública, que corresponda a criterios claros”<sup>23</sup>*

Estas consideraciones motivaron la expedición de la ley 1122 de 2007, la cual ratificaba el modelo diseñado en la ley 100, pero pretendía, principalmente, aumentar la cobertura en salud, mediante el aumento de recursos para la sostenibilidad del sistema. Por lo tanto, se amplió en 0,5% los aportes en salud de las personas perteneciente al régimen contributivo, entre otras medidas presupuestarias. Por otra parte, se pretendió fortalecer el subsistema de inspección, vigilancia, control y conciliación con la asignación de nuevas funciones a la Superintendencia Nacional de Salud, como la resolución definitiva de ciertas materias, entre ellas, las relacionadas con conflictos por la autorización de servicios no incluidos en el POS y la solución de problemas atinentes con la afiliación de las personas<sup>24</sup>.

A pesar de las reformas establecidas, en el año 2008 la Procuraduría General de la Nación realizó una investigación<sup>25</sup> que demuestra que el subsistema de vigilancia que se implementó con la ley 1122 de 2007, no ha sido efectivo para subsanar los problemas que afectan al sistema, subsistiendo los siguientes:

*“(i) la debilidad de la asignación de responsabilidades en salud pública; (ii) el establecimiento de ciertas barreras injustificadas de acceso a la salud; (iii) la vulneración al principio de igualdad por el carácter parcialmente regresivo del sistema de cotización; y (iv) la diferenciación inequitativa entre regímenes contributivo y subsidiado”<sup>26</sup>. (Subrayado fuera del texto)*

Una forma de identificar esas barreras es a través de la lectura de las sentencias de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que del elevado número de acciones de tutela interpuestas<sup>27</sup> para

---

<sup>23</sup> Cortés González, Juan Carlos. *Reforma al Sistema de Salud: Comentarios a la Ley 1122 de 2007*. Bogotá: Editorial Legis, 2007. Capítulo I: antecedentes de la reforma. p. 13.

<sup>24</sup> Cfr. *Ibidem*. p. 53

<sup>25</sup> Colombia. Procuraduría General de la Nación. *Ob. Cit.* p. 7

<sup>26</sup> *Ibidem*. p. 57.

<sup>27</sup> En el año 2003 el número de tutelas interpuestas para solicitar el derecho a la salud fue 51.944, lo cual corresponde al 34,8% el total de tutelas interpuestas en ese año. Para el año 2004 el número de tutelas solicitando el mismo derecho fue de 72.033, que representa el 36,4% del total de tutelas interpuestas en ese año. En el año 2005 el número fue 81.017 tutelas, equivalente al 36,1% del total de tutelas de ese año. En el 2006 96.229, equivalente al 37,6%. En el año 2007 el derecho a la salud se convirtió en el derecho que más se exigía vía tutela, siendo interpuestas 107.238, correspondiente al 37.8% del total. En el 2008 el derecho a la salud continuó siendo el derecho más invocado por los recurrentes, con un total de 142.957, equivalente al 41,5%. Datos tomados de los siguientes recursos electrónicos: Defensoría del Pueblo, *la Tutela y el Derecho a la Salud Período 2003-2005*. [http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutela\\_salud.pdf](http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutela_salud.pdf) p.

exigir la protección del derecho a la salud, la gran mayoría trata acerca de la prestación de los servicios de salud a los que no logran tener acceso. De esas barreras vale la pena destacar: la económica, cuando se exigen copagos o cuotas moderadoras para poder acceder a algún servicio de salud<sup>28</sup>; geográfica, cuando los usuarios no pueden acceder a los servicios de salud, por no tener los medios suficientes para trasladarse a los centros de atención<sup>29</sup>; el POS en sí se configura como una barrera de acceso a los servicios de salud cuando se requieren tratamientos, procedimientos, medicamentos y demás servicios excluidos del mismo; la contractual cuando las EPS o los entes territoriales no tienen contrato con la IPS<sup>30</sup>, por lo que se suspende el servicio; la barrera burocrática que se presenta cuando se les exige a los usuarios trámites innecesarios y engorrosos que terminan por hacer más difícil el acceso a los servicios y reducen la efectividad de un diagnóstico; la barrera consistente en la imposibilidad de tener los servicios médicos prescritos por el médico externo, entre otras;

Dentro de esas barreras se encuentra ‘la barrera a la afiliación al sistema’, que trata acerca de las dificultades que afrontan las personas cuando desean afiliarse al sistema. Esta barrera será el tema de estudio de este trabajo y su principal objetivo es el de conocer la respuesta que la Corte Constitucional ante dicha barrera. La importancia de este trabajo radica en que la afiliación al sistema es el primer paso para lograr la protección del derecho a la salud, haciendo necesario identificar los problemas que se presentan en esta primera etapa y las soluciones planteadas para poder realizar un primer diagnóstico sobre la situación del sistema.

En conclusión, en este primer capítulo se mostró las dos facetas de la salud en Colombia: como derecho, se observó que la Corte Constitucional lo considera como un derecho fundamental autónomo, con ciertas restricciones para poder hacerlo exigible vía acción de tutela. Como servicio público, se dijo que el Estado Colombiano tiene que cumplir con una serie de obligaciones y garantizar unos mínimos en la prestación del servicio de salud, según lo dispuesto por el CDESC. Se mostró además que los servicios de salud son prestados en Colombia por medio del SGSSS diseñado por la ley 100 de 1993, el cual fue reformado por la ley 1122 de 2007, sin embargo, el sistema tiene una serie de falencias que no se han podido solucionar a través de la vía legislativa, como es el caso de las barreras injustificadas frente la afiliación al sistema. Por último, se indicó

---

27; y Revista Semana. *La Tutela y el Derecho a la Salud Período 2006-2008*. [http://www.semana.com/documents/Doc-1959\\_2009924.pdf](http://www.semana.com/documents/Doc-1959_2009924.pdf) p. 27. consultadas el 15 de septiembre de 2010.

<sup>28</sup> Véase: sentencias C-542 de 1998, T-551-08, T-294-08, T-1270-08, entre otras.

<sup>29</sup> Véase sentencias T-212-08, T-067-09 y T-346-09, entre otras.

<sup>30</sup> Véase la sentencia T-612-08 M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

que ante la ausencia de medios idóneos capaces de garantizar el derecho a la salud de las personas, éstas acuden masivamente a la acción de tutela para acceder a la prestación de los servicios de salud.

Todo lo anterior sirve para entender el panorama global en el cual se enmarca la afiliación de las personas que quieren acceder al sistema. También es útil para destacar los objetivos que se buscan alcanzar con la afiliación así como su importancia para poder acceder a los servicios de salud. Igualmente, en este capítulo se mostró la incidencia de la Corte Constitucional en el desarrollo del sistema, recordando la importancia de sus decisiones para el desarrollo del tema de la afiliación.

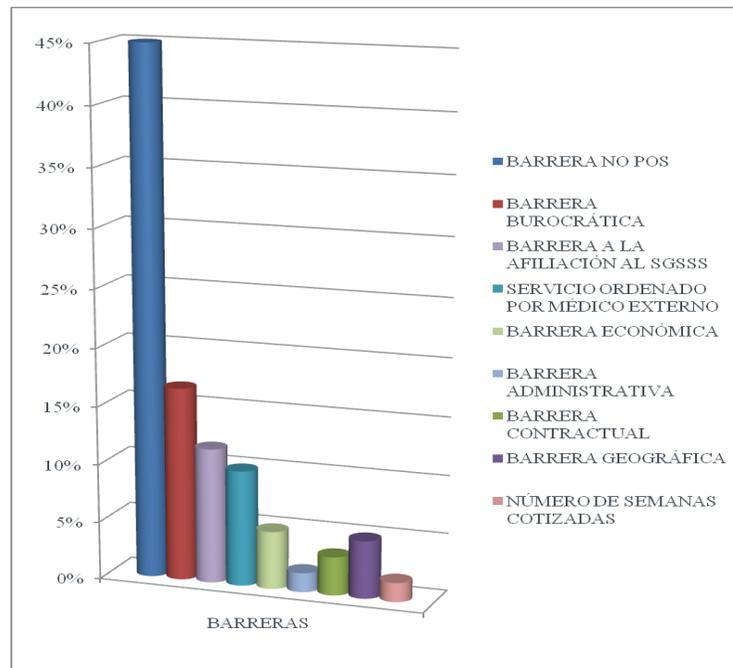
## Capítulo II

### LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

En este capítulo se abordará el tema de las barreras que deben afrontar las personas cuando desean afiliarse o permanecer vinculados al SGSSS. Con este fin, se desarrollarán los siguientes puntos: en primer lugar, se mostrará el método que se utilizó para identificar las barreras de afiliación a través de las sentencias de la Corte Constitucional. En segundo lugar, para cada barrera se formulará un problema jurídico, elaborados conforme a lo propuesto por Diego López Medina en su libro *El Derecho de los Jueces*, es decir, sustentados por unos supuestos fácticos concretos. Cada problema jurídico será desarrollado en sub-capítulos, mostrando, en orden cronológico, los elementos más relevantes que cada sentencia aportó para la construcción de una *ratio decidendi* que solucione o responda a los problemas jurídicos. Luego, se graficará cada línea para identificar los patrones de cambio decisional a lo largo de la jurisprudencia. Con estos elementos, en el siguiente capítulo se construirá una *ratio decidendi* global, que responderá el problema jurídico que da origen a este trabajo ¿cuál es la solución planteada por la Corte Constitucional ante los problemas que se presentan en la afiliación de las personas al sistema?

Para identificar las barreras, se necesitó la revisión de un total de ciento ocho sentencias, ubicadas en el periodo 2007-2010. Las sentencias fueron abordadas de la siguiente manera: primero, se revisaron aleatoriamente sesenta sentencias dentro del periodo 2007-2009, veinte por año, no se incluyó el año 2010 porque esta revisión se hizo a inicios de ese año, y aún no existía la suficiente jurisprudencia publicada para ser analizada. El objetivo de dicha revisión era identificar las principales barreras que afectaban al sistema. De este estudio preliminar fueron identificadas la barrera de los servicios médicos no-POS, la burocrática, los servicios médicos ordenados por el médico externo, no cumplir con el número mínimo de semanas cotizadas, la barrera geográfica, barrera administrativa, barrera económica, barrera contractual y barrera a la afiliación al sistema.

<b>BARRERAS AL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD</b>							
<b>Barreras</b>		<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>TOTAL</b>	<b>Porcentajes</b>	
<b>BARRERA NO POS</b>	<b>Cirugía</b>	3	0	2	5	8%	45%
	<b>Exámenes (para determinar enfermedad)</b>	2	2	0	4	7%	
	<b>Remisión a médico especialista Diagnóstico</b>	0	2	2	4	7%	
	<b>Tratamientos</b>	1	2	1	4	7%	
	<b>Medicamentos</b>	4	2	4	10	17%	
<b>BARRERA BUROCRÁTICA</b>		4	4	2	10	17%	
<b>BARRERA A LA AFILIACIÓN AL SGSSS</b>		2	3	2	7	12%	
<b>SERVICIO ORDENADO POR MÉDICO EXTERNO</b>	<b>Servicios NO POS</b>	1	2	1	4	7%	10%
	<b>Servicios POS</b>	0	0	2	2	3%	
<b>BARRERA ECONÓMICA</b>		1	1	1	3	5%	
<b>BARRERA ADMINISTRATIVA</b>		1	0	0	1	2%	
<b>BARRERA CONTRACTUAL</b>		0	1	1	2	3%	
<b>BARRERA GEOGRÁFICA</b>		0	1	2	3	5%	
<b>NÚMERO DE SEMANAS COTIZADAS</b>		1	0	0	1	2%	
<b>TOTAL</b>		<b>20</b>	<b>20</b>	<b>20</b>	<b>60</b>	<b>100%</b>	

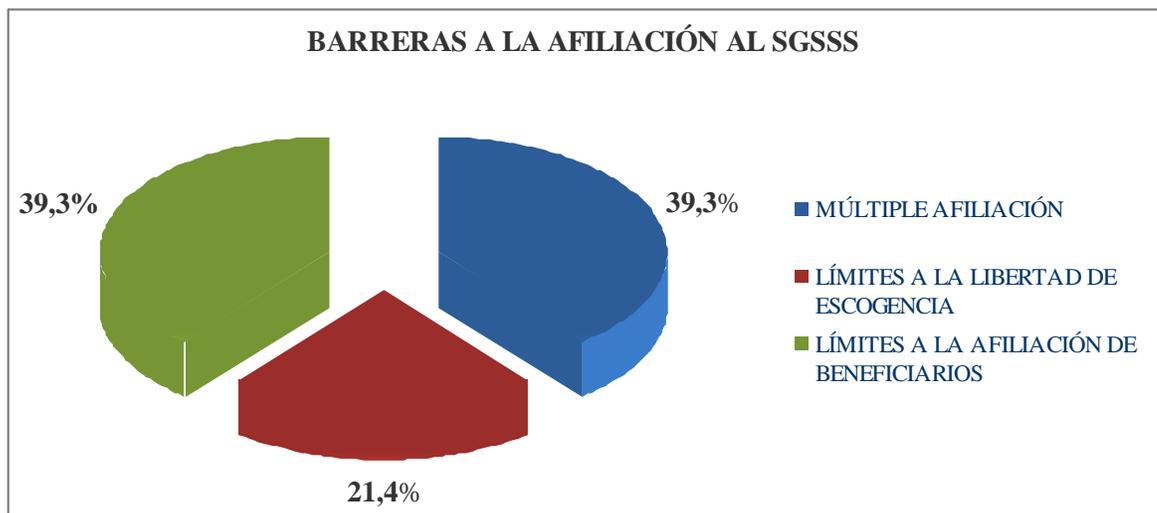


De las barreras identificadas, se seleccionó la de afiliación al sistema, porque correspondía al 11% de las sentencias analizadas. Esta cifra, a simple vista poco significativa, debe mirarse bajo el siguiente contexto: de las nueve barreras identificadas, ésta se encontraba en el tercer lugar de reiteración, solo por detrás de la barrera denominada servicios médicos no-POS, que logró un total del 47%, y de la burocrática, que tenía el 18% de reiteración. El resto de barreras difícilmente se acercaban al 10%. No se seleccionó la primera barrera, a pesar su gran porcentaje de reiteración, puesto que sus sentencias eran muy repetitivas, lo cual indicaba un precedente bastante fuerte, desarrollado durante muchos años y que difícilmente sufriría alguna modificación. Por su parte, la barrera burocrática presentaba la dificultad de no poder identificar con claridad los sub-temas que la constituyen, como sí se logró con la barrera a la afiliación al sistema

Después de definir el tema de investigación, se realizó otra búsqueda encausada, incluyendo el año 2010, a ubicar las sentencias relacionadas con el tema de la afiliación al sistema. Se identificaron un total de cuarenta y siete sentencias, dentro de las cuales se hallaban veinte de los regímenes especiales. Estas fueron descartadas porque el objetivo del presente trabajo se centra en estudiar las barreras a la afiliación al SGSSS. En total quedaron veintisiete sentencias que comprenden el periodo 2007-2010. Los temas que son tratados en ellas son: la múltiple afiliación, los límites al derecho al traslado y los límites para la afiliación de beneficiarios, siendo descritas como barreras al acceso a los servicios de salud, pertenecientes a la barrera a la afiliación al sistema, que en conjunto

puede considerarse como una ‘suprabarrera’. Cada uno de estos temas se presentará en posteriores sub-capítulos.

BARRERAS A LA AFILIACIÓN AL SGSSS	NÚMERO DE SENTENCIAS POR AÑO				TOTAL SENTENCIAS	Porcentajes
	2007	2008	2009	2010		
MÚLTIPLE AFILIACIÓN	6	4	1	0	11	39,3%
LÍMITES A LA LIBERTAD DE ESCOGENCIA	1	5	0	0	6	21,4%
LÍMITES A LA AFILIACIÓN DE BENEFICIARIOS	7	2	1	1	11	39,3%
<b>TOTAL</b>	14	11	2	1	28	100%



## 1. LA MÚLTIPLE AFILIACIÓN

La múltiple afiliación se encuentra definida en el artículo 48 del decreto 806 de 1998 de la siguiente manera: *En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado, ni estar afiliada en más de una Entidad Promotora de Salud, ostentando simultáneamente alguna de las siguientes calidades: Cotizante, beneficiario y/o cotizante y beneficiario.* La aplicación de la prohibición consagrada en esta norma ha suscitado una enorme problemática para la efectiva afiliación de las personas al sistema, puesto que muchas EPS, amparadas en dicho artículo, deciden desafiliar unilateralmente a sus usuarios cuando verifican la presencia de la múltiple afiliación.

Ante este hecho, surge el siguiente problema jurídico: ¿Pueden las EPS o EPS-S desafilar unilateralmente a los usuarios y dejar de suministrarles los servicios de salud cuando presentan múltiples afiliaciones? Frente a éste, se plantean las siguientes respuestas hipotéticas: la primera es afirmativa, y expone como principal argumento que la normatividad vigente es muy clara al prohibir la múltiple afiliación en el SGSSS, por lo que las EPS y EPS-S deben proceder con la desafiliación unilateral de los usuarios que presenten esa situación; la segunda respuesta resulta negativa, por cuanto en ningún caso la múltiple afiliación de una persona al sistema de salud supone la cancelación de su vinculación de manera unilateral, con el fin de proteger el derecho fundamental a la salud.

Para desarrollar este tema se tendrán en cuenta once sentencias, las cuales se presentarán en orden cronológico, mostrando las principales consideraciones aportadas por cada una frente al tema, para luego construir una *ratio decidendi* que solucione el problema jurídico planteado.

En el año 2007 se encontraron seis sentencias proferidas por la Corte Constitucional. La primera es la T-028-07<sup>31</sup>, emitida en enero de 2007. Los hechos descritos presentan el caso de una persona que es desafiliada por aparecer registrada en las bases de datos de las entidades demandadas con múltiple afiliación, a pesar de que su traslado fue aprobado por la EPS a la cual quería trasladarse y también por la EPS de la cual pretendía desvincularse. Durante el proceso se probó que a pesar de reunir los requisitos legales para efectuar el traslado, la confusión acerca de cual EPS era la encargada de prestar los servicios de salud fue producto de la negligencia de las entidades demandadas por no haber enviado la información de manera oportuna.

La Corte Constitucional recuerda a la EPS que en el proceso de desafiliación, se debe aplicar la regla consagrada en el artículo 50 del Decreto 806 de 1998, la cual establece que: “*cuando la doble afiliación obedezca a un error no imputable al afiliado, quien solicitó su traslado dentro de los términos legales, se tendrá como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó*”. En esta oportunidad la Corte confirmó lo dicho en la sentencia T-1313 de 2001<sup>32</sup>:

*“en ningún caso la múltiple afiliación de una persona al sistema de salud permite a las EPS cancelar su vinculación de manera unilateral y sin que previamente se defina la EPS a la que el afectado continuará afiliado. En efecto, no existe en la reglamentación del sistema una norma que disponga tal consecuencia [...] cuando las EPS procedan a dar aplicación a los criterios antes*

---

<sup>31</sup> MP MARCO GERARDO MONROY CABRA, Sala Quinta

<sup>32</sup> MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

*indicados [es decir, los del decreto 806], deben garantizar el derecho al debido proceso de sus afiliados y permitirles, en consecuencia, ejercer su derecho de defensa”*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra probada la vulneración de los siguientes derechos: primero, el principio a la libertad de escogencia<sup>33</sup>, porque los errores de comunicación de las EPS le generaron un perjuicio al accionante al no poder ejercer su derecho a la libertad de escogencia, derivado del principio mencionado; segundo, el debido proceso, porque durante el proceso de desafiliación no se aplicó la regla transcrita; el tercer derecho vulnerado es el derecho de defensa, porque en ningún momento se le permitió al accionante desvirtuar los hechos que acreditaban su múltiple afiliación. De estas consideraciones se extraen los primeros elementos de la *ratio decidendi*, los cuales son a saber: el principio de la libertad de escogencia, el derecho al debido proceso y el derecho de defensa.

Con las anteriores consideraciones se construye la siguiente *ratio decidendi*, la cual abarca los aspectos mencionados: *en los casos de múltiple afiliación las EPS implicadas no pueden desafiliar de manera unilateral un usuario, deben aplicar las reglas previstas en el artículo 50 del Decreto 806 de 1998 para determinar cuál de ellas seguirá prestando los servicios de salud, garantizando en todo momento los derechos a la libertad de escogencia, al debido proceso y el de defensa.*

En marzo de 2007, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-242-07<sup>34</sup>, en la cual se resuelve el caso de una persona que resultó desafiliada unilateralmente, porque la EPS constató que se encontraba afiliado simultáneamente a otra EPS. La Corte Constitucional, sigue la misma línea argumentativa de la sentencia T-028-07, inclusive hace parte del nicho citacional. Por lo tanto, se la considera como confirmadora de principio<sup>35</sup>.

El mes de mayo del mismo año, la Corte profirió la sentencia T-380-07<sup>36</sup>. El caso planteado es el de una persona que al dejar su trabajo, cancela su afiliación a la EPS. Con el tiempo volvió a vincularse laboralmente, por lo que inició los trámites de afiliación a otra EPS distinta a la inicial. Una vez efectuada la afiliación, el usuario solicitó la prestación de los servicios de urgencias para su

---

<sup>33</sup> Este principio se encuentra consagrado en la ley 100 de 1993, artículo 163, el cual es definido como la facultad que tiene un afiliado de escoger entre las diferentes EPS, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del POS.

<sup>34</sup> MP HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, sala séptima de revisión

<sup>35</sup> “Las sentencias confirmadoras de principio son aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones a un caso nuevo del principio o ratio, contenido en una sentencia anterior”. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Editorial Legis. Universidad de los Andes, segunda edición, 2006.p. 166

<sup>36</sup> MP JAIME ARAUJO RENTERÍA, sala primera.

hijo menor de edad, sin embargo, la EPS se la negó porque mantenía la afiliación vigente con la EPS inicial. Luego, entre las entidades implicadas se llegó a un acuerdo, que no fue consultado con el usuario, en el cual se pactó que la EPS a la que estaba inicialmente afiliada la accionante continuaría prestándole los servicios de salud.

En las consideraciones, la Corte reitera los elementos mencionados, profundizando aún más sobre el principio de libertad de escogencia, distinguiendo dos facetas de este principio. Por un lado, como un principio rector del funcionamiento del sistema y, por el otro, como un derecho en cabeza de los usuarios. La libertad de escogencia entendida como derecho se define como “*la facultad que tiene un afiliado de escoger entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio*”<sup>37</sup>. Como principio rector, implica el deber de los agentes del sistema de garantizar la efectiva realización de ese derecho<sup>38</sup>.

En este caso se vulneró el derecho a la libre escogencia del usuario, puesto que el acuerdo al que llegaron las EPS no respeta la decisión autónoma de la persona de querer trasladarse. Para la Corte esta práctica no sólo no se encuentra consagrada en el ordenamiento jurídico, sino que además se materializa como vulneratorio de los derechos a la seguridad social, a la salud, al debido proceso y al derecho de defensa. Por lo tanto, ante la importancia de los derechos involucrados con el ejercicio del derecho a la libertad de escogencia, la Corte determinó que por fuera de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico, no pueden imponerse limitaciones al ejercicio de la libertad de escogencia.

Por otro lado, en la sentencia se introduce el principio de continuidad en la prestación de los servicios. Se puede definir como la prohibición a las EPS de interrumpir la prestación de los servicios, salvo que exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales. Las EPS aducen una serie de causas para interrumpir la prestación de los servicios, las cuales, según la Corte, son desde el punto de vista constitucional inaceptables, algunos ejemplos planteados por esta sentencia, citando a la C-800 de 2003<sup>39</sup>, son:

*(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS*

---

<sup>37</sup> Decreto 1485 de 1994, artículo 14, numeral 4.

<sup>38</sup> Ley 100 de 1993, artículo 153.

<sup>39</sup> MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

*considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando*”<sup>40</sup>

La Corte subraya el literal iv porque considera que es la razón invocada por la EPS, a la que se deseaba trasladar el accionante, para negar la prestación del servicio. Según la Corte, en ese literal se encuentra comprometido el principio de buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política: *las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe*. Este principio se encuentra ligado con el de continuidad en la prestación de los servicios, puesto que la *buena fe* sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado<sup>41</sup>.

Un último elemento incorporado en esta sentencia es el derecho al habeas data. Para la Corte Constitucional este derecho se desprende de la lectura del artículo 15 de la Constitución Política<sup>42</sup> y lo define así:

*“como aquel que otorga la facultad al titular de datos personales de exigir de las administradoras de esos datos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales. Este derecho tiene naturaleza autónoma.*”<sup>43</sup>

El habeas data resulta de vital importancia en el tema de la afiliación puesto que las inconsistencias en el registro de las bases de datos, como por ejemplo fechas de afiliación, novedades de retiro de empleados, pago de cotizaciones, etc., afectan el acceso a los servicios de salud de los usuarios, vulnerando de esta forma sus derechos fundamentales. Por tanto surge como una obligación de las EPS mantener sus bases de datos actualizadas.

---

<sup>40</sup> Al respecto puede verse también la sentencia C-800 de 2003, MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

<sup>41</sup> Sobre la Confianza legítima véase la sentencia T-993-02, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA

<sup>42</sup> *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas* (resaltado fuera del texto)

<sup>43</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1011-08, MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

En el caso concreto, para la Sala se constata la vulneración del derecho al habeas data puesto que la EPS de la cual se había retirado el accionante incumplió con la obligación de mantener actualizada la información del accionante, al mantener información que no correspondía con la realidad, afectando de esta forma los derechos fundamentales de un menor de edad, por no poder acceder a los servicios de salud que requería.

Esta sentencia resulta relevante por incorporar varios elementos para responder el problema jurídico de esta línea, por lo tanto es considerada como una sentencia hito consolidadora de línea<sup>44</sup>. Con los elementos relacionados se plantea una *ratio decidendi* preliminar que resuelve el caso concreto: *las EPS deben respetar el derecho del habeas data de sus usuarios, actualizando constantemente la información, en especial cuando ejerzan su derecho a la libertad de escogencia. En caso de incumplir con este deber y de provocar el fenómeno de la múltiple afiliación, las EPS, antes de proceder con la desafiliación de sus usuarios e interrumpir la prestación del servicio, deben aplicar las reglas consagradas en la ley, velando en todo momento por la protección del derecho al debido proceso y del derecho de defensa.*

En septiembre la Corte Constitucional profiere la sentencia T-806-07<sup>45</sup>, la cual describe hechos similares a los de la sentencia T-380-07. Igualmente sigue la misma línea argumentativa, por lo que se puede considerar confirmadora de principio. Como aspecto particular, se profundiza un poco más en la definición del habeas data, haciendo referencia a los principios que lo conforman: *veracidad, integridad y de incorporación del dato personal*<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> “Las sentencias hito consolidadoras de línea son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional y en la que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea. La mayor complejidad proviene del hecho de que la Corte tiene un conocimiento más completo de los intereses en juego y, por tanto trata de llegar a optimizaciones o maximizaciones de dichos derechos contrapuestos”. Definición tomada de: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Ob. Cit.* p. 165

<sup>45</sup> MP HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Sala Séptima

<sup>46</sup> El principio de *veracidad* exige que: “los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneo”(sentencia T-787-04., MP RODRIGO ESCOBAR GIL). El principio de *integridad* implica: “la obligación a las fuentes de información y a los operadores de suministrar y recopilar datos personales completos, de tal forma que está prohibido el registro y divulgación de información parcial, incompleta o fraccionada” (sentencia T-129-10, MP JUAN CARLOS HENAO PÉREZ). Por su parte el principio de *incorporación de la información* se presenta: “en los casos en que la recolección de información personal en bases de datos signifique situaciones ventajosas para su titular, [por tal motivo] el operador de la base estará obligado a incorporarlos, si el titular reúne los requisitos que el orden jurídico exija para tales efectos. Por ende, está

En noviembre profiere la sentencia T-1016-07<sup>47</sup>, la cual aborda el tema de la múltiple afiliación como consecuencia de pertenecer al régimen contributivo y al régimen subsidiado simultáneamente. Como se recordará, la pertenencia al régimen subsidiado depende de la capacidad económica que tengan las personas, por lo tanto quien esté vinculado laboralmente o tenga los recursos suficientes, es decir, “capacidad de pago”<sup>48</sup>, está en la obligación de afiliarse al régimen contributivo. Esta diferenciación se justifica siempre y cuando ayude a la sostenibilidad del sistema, es decir, que un porcentaje de los aportes de las personas pertenecientes al régimen contributivo se destinen a subsidiar a las personas con menor capacidad económica. Por ser el régimen subsidiado el que dispone de menos recursos, el decreto 806 de 1998 en el artículo 50 establece como regla que: *cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado.*

Atendiendo a lo dispuesto en el decreto mencionado, la secretaría del municipio accionada en la tutela T-1016-07 procedió con la desafiliación de la accionante puesto que, al hacer un cruce de información con las distintas bases de datos, encontró que ella y su hijo menor de edad pertenecían al régimen contributivo. Sin embargo, en el proceso se desvirtuó la veracidad de la información, de manera que la desafiliación unilateral realizada por la secretaría se fundó en información falsa.

Al igual que en las sentencias anteriores, se llama la atención a la secretaría municipal para que al momento de aplicar la regla transcrita tenga en cuenta garantizar el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, comunicándole al usuario la situación de múltiple afiliación en la que se encuentra, y así permitirle explicar las razones por las que aparece afiliado a distintos regímenes. También hace mención al principio de continuidad, el cual, según la Corte, adquiere mayor relevancia cuando se trata de la prestación de servicios de menores de edad

Las anteriores consideraciones no presentan mayores diferencias con respecto a las que se expusieron líneas atrás en la sentencia T-380-07; además, la sentencia T-806-07 hace parte del nicho citacional de la providencia que se estudia. Esto quiere decir que independientemente de si se trata de múltiple afiliación entre regímenes, o de múltiple afiliación entre EPS del régimen contributivo, resulta obligatorio el respeto de unos derechos básicos. Por lo tanto esta sentencia, a pesar de tratar la multifiliación entre regímenes, confirma la *ratio decidendi* hasta ahora esbozada.

---

*prohibida la negativa injustificada a la incorporación de datos personales de dicho carácter*<sup>37</sup> (sentencia C-1011-08, MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO)

<sup>47</sup> MP MARCO GERARDO MONROY CABRA, Sala Quinta

<sup>48</sup> Artículo 157 literal A numeral 1.

La última sentencia encontrada correspondiente al año 2007 es la T-1036-07<sup>49</sup>. Los hechos descritos son parecidos a los de la T-1016-07, al tratarse de personas que son desafiliadas por presentar múltiple afiliación entre regímenes, debido a que en las bases de datos no se registró su exclusión del régimen contributivo. Por este motivo se busca la protección de los derechos fundamentales de la accionante y la aplicación de los principios garantes del derecho a la salud, en particular el de continuidad, de personas que requieren especial protección, como es el caso un adulto mayor que sufre múltiples enfermedades.

Los hechos de la sentencia indican que la secretaría de salud distrital fundamentó la decisión de desafiliar a los accionantes en el acuerdo 244 de 2003 del CNSSS<sup>50</sup>, cuyo artículo 29<sup>51</sup>, concordante con el artículo 50 del decreto 806, establece un procedimiento para desafiliar a los afiliados al régimen subsidiado que presentan múltiple afiliación.

La Corte Constitucional incorpora un aspecto importante para la construcción de la línea, al considerar improcedente la aplicación de dichos procedimientos en este caso. En efecto, la Sala determina que si bien las normas mencionadas propenden por el manejo razonable de los recursos del sistema, esto no justifica la interrupción en la prestación de los servicios, ni que se vulnere los derechos fundamentales de personas pertenecientes a grupos vulnerables. Por lo tanto la Corte considera que los servicios de salud deben prestarse:

*“de manera continua y ha de brindarse sin restricciones de orden administrativo y/o reglamentario a grupos de especial protección constitucional. De dichas obligaciones se desprende la prohibición de desafiliación del sistema cuando esta situación implique, (i) no respetar la continuidad en la aplicación de algún tratamiento o medicamento, o (ii) dejar sin servicio de salud a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional”*

---

<sup>49</sup> MP HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Sala Séptima.

<sup>50</sup> “Por medio del cual se definen la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

<sup>51</sup> *cuando la entidad territorial detecte múltiples afiliaciones a los regímenes contributivo y subsidiado, sin que haya existido previo aviso del afiliado, durante la ejecución de los contratos de aseguramiento, ordenará la exclusión de los afiliados mediante acto administrativo motivado, expedido por la entidad territorial, contra el cual procederán los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Una vez el acto administrativo quede en firme se notificará a las administradoras de régimen subsidiado la cancelación de la afiliación incluyendo el grupo familiar definido en el presente Acuerdo*

Con la sentencia anterior se concluye la presentación de las sentencias correspondientes al año 2007, continuando con las sentencias correspondientes al año 2008. De este periodo se analizarán cuatro sentencias conforme al método que se ha venido empleando.

En enero de 2008 se profiere la primera sentencia de este periodo, ésta es la T-024-08<sup>52</sup>, la cual contiene dos expedientes. El primero trata sobre la múltiple afiliación entre regímenes y el segundo sobre la múltiple afiliación entre EPS. El hecho de que ambos temas se aborden en una misma sentencia, ratifica la idea de aplicar para ambos casos la misma *ratio decidendi*.

Sobre el primer expediente, la Corte Constitucional no hace mayores consideraciones puesto que se encuentra ante un hecho superado, por tal motivo la tutela pierde eficacia constitucional. A pesar de esto reitera algunos de los aspectos desarrollados con anterioridad, como el derecho al debido proceso y de defensa de los usuarios, por lo tanto se considera como confirmadora de principio.

Por su parte, el segundo expediente describe hechos muy similares a los que se han desarrollado en sentencias anteriores, lo que lleva a la Corte a reiterar algunas consideraciones anteriormente expuestas. Por lo tanto, se concluye que en términos generales la sentencia T-024-08 confirma la *ratio decidendi* esbozada en el 2007.

La siguiente sentencia fue proferida en el mes de febrero de 2008 y se trata de la T-207-08<sup>53</sup>. Plantea el caso de una persona que decide trasladarse de EPS, notificando su decisión tanto a la EPS de la cual se quiere retirar como a la EPS a la que desea pertenecer. Ninguna de ellas propone alguna objeción para efectuar el traslado, sin embargo, a pesar de haber realizado la afiliación y de efectuar las respectivas cotizaciones, cuando el accionante solicita la prestación de los servicios a la nueva EPS estos le son negados aduciendo que se encuentra en causal de múltiple afiliación, y que en mesa de negociación con la EPS inicial se llegó a un acuerdo según el cual aquella quedaba libre de prestarle los servicios.

La parte motiva de esta sentencia menciona el principio de libertad de escogencia, agregando como elemento nuevo el considerarlo como un derecho fundamental, partiendo de la interpretación que se le da en la sentencia T-436-04<sup>54</sup>:

*“bajo una interpretación sistemática de la Carta Fundamental y del ordenamiento legal vigente, puede colegirse válidamente que los principios de libre escogencia, movilidad y no discriminación*

---

<sup>52</sup> MP NILSON PINILLA PINILLA, Sala Séptima

<sup>53</sup> MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Sala Novena

<sup>54</sup> MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

*por selección adversa (...) adquieren de conformidad con las particularidades del caso concreto, el carácter de derecho fundamental por conexidad con los derechos a la libertad individual, la igualdad, la dignidad humana y la vida.' (Subrayado fuera de texto)”*

Además, la Corte recuerda a las EPS que los acuerdos pactados para limitar la libertad de escogencia están expresamente prohibidos en la ley 100 de 1993, artículo 183, cuyo tenor literal consagra: “*Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud*”. Por lo tanto, más allá de las limitaciones legales, no es válido imponer ningún tipo obstáculo al goce de la libertad de escogencia.

Por otra parte, en esta sentencia también se reitera los demás aspectos que configuran la *ratio decidendi* hasta ahora planteada, inclusive citando a la sentencia T-242-07 en lo atinente al debido proceso y al derecho de defensa. Igualmente, se pronuncia sobre el deber de las EPS de consultar las bases de datos que tengan a disposición antes de iniciar el trámite de afiliación de un usuario, con el fin de evitar la múltiple afiliación<sup>55</sup>. Con respecto al principio de continuidad, esta sentencia se asemeja bastante a la T-380-07, a pesar de no ser citada, puesto que ambas lo presentan ligado al principio de buena fe, invocando razones similares. Por lo tanto se puede concluir que la sentencia T-207-08, es confirmadora de principio, adoptando la *ratio decidendi* planteada en la sentencia T-380-07.

El mes de mayo la Corte Constitucional profiere la sentencia T-561-08<sup>56</sup>. En esta sentencia se decide un asunto similar al planteado en la sentencia T-1036-07, por tratarse de una persona de la tercera edad desafiliada del régimen subsidiado por múltiple afiliación con el contributivo. La secretaría de salud demandada cita el artículo 50 del decreto 806<sup>57</sup>, como justificación de su decisión de desafiliar al accionante.

---

<sup>55</sup> Este razonamiento se encuentra amparado en el artículo 31 del decreto 1703 de 2002, el cual señala que: “*las entidades promotoras de salud, EPS, y las de regímenes de excepción, al momento de recibir toda nueva solicitud de afiliación o traslado, bien sea en calidad de beneficiario o cotizante, deberán consultar la base de datos de afiliados de la Superintendencia Nacional de Salud u otra dispuesta por el Ministerio de Salud, con el fin de constatar que el solicitante y los miembros de su grupo familiar no tengan registradas otra u otras afiliaciones al Sistema*”

<sup>56</sup> MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Sala Primera.

<sup>57</sup> Cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado.

Esta sentencia mantiene la misma línea argumentativa mostrada en la T1036-07, porque en esta oportunidad la Corte también decide inaplicar la norma citada por la entidad accionada. Las consideraciones reiteradas son: que tratándose de personas pertenecientes a grupos vulnerables no es posible dejarlas en total desprotección aplicando de manera estricta la norma, puesto que debe tenerse en cuenta la especial condición en la que se encuentran, respetando sus derechos constitucionales y en especial su derecho a la continuación en la prestación del servicio.

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que esta sentencia es confirmadora del principio planteado en la sentencia T-1036-07. Por último, la Corte finaliza recordándole a la EPS que para evitar la múltiple afiliación al vincular una persona al régimen subsidiado, debe tener en cuenta las normas dispuestas en el artículo 29 del acuerdo 244 de 2003 del CNSSS<sup>58</sup>.

Posteriormente se profirió la sentencia T-886-08<sup>59</sup>, abordando temas similares a los vistos en las sentencias T-1016 y T-1036. Por lo tanto, su parte motiva adopta también los principios de libertad de escogencias y de continuidad en la prestación de los servicios. Con respecto al último principio, se aclara su contenido distinguiendo dos elementos que lo constituyen: uno material y otro formal. El elemento formal consiste en el vínculo jurídico entre las entidades y el usuario; mientras que el elemento material, consiste en la prestación efectiva del servicio por parte de la entidad a los usuarios. No necesariamente un elemento depende del otro, esto quiere decir que la ausencia del elemento formal, no significa que se deje de prestar automáticamente los servicios de salud, puesto que esto conllevaría al desconocimiento del principio de continuidad del servicio.

Un aspecto nuevo presentado en esta sentencia, es la decisión de fondo que adopta la Corte sobre la competencia de la Superintendencia de Salud para solucionar los casos de múltiple afiliación<sup>60</sup>. En

---

<sup>58</sup> 1. Cuando la entidad territorial detecte un formulario de afiliación al régimen subsidiado de una persona que este afiliada y compensada al régimen contributivo, con anterioridad a la suscripción de los contratos de régimen subsidiado, cancelará dicho formulario, y le enviará comunicación al afiliado dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, indicándole la imposibilidad de adirse al régimen subsidiado'. Si transcurridos tres meses consecutivos la condición de multifiliado se mantiene sin que el afiliado haya hecho uso de lo previsto en el artículo 1º del Acuerdo 304 del CNSSS, se procederá a la desafiliación definitiva de la persona y su núcleo familiar mediante acto administrativo motivado y garantizando el debido proceso'

<sup>59</sup> MP MARCO GERARDO MONROY CABRA, Sala Sexta

<sup>60</sup> Ley 1122 de 2007, artículo 41. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes

esta oportunidad la Corte se ciñe a lo desarrollado en la sentencia C-119 de 2008<sup>61</sup>, al examinar la constitucionalidad de la norma que consagra dicha competencia:

*“la Corte afirmó que ella no impedía acudir a la acción de tutela, cuando ella fuera utilizada ‘como mecanismo transitorio, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente’”*

A parte de lo anterior, la Sala sigue el camino trazado por la sentencia T-1036-07, en el entendido de inaplicar las normas que rigen el tema de desafiliación cuando se vulneran los derechos fundamentales de un grupo vulnerable. Por lo tanto, la sentencia T-886-08 confirma la *ratio decidendi* que se ha esbozado.

Falta por analizar el año 2009, puesto que para el año 2010 no se profirieron sentencias que tuvieran que ver con el tema de la múltiple afiliación. Este hecho puede tener múltiples explicaciones como por ejemplo que los jueces de instancia están siguiendo el precedente vertical propuesto por la Corte Constitucional, las EPS han procurado hacer un mejor manejo de la información de los usuarios y una mejor aplicación de la normatividad concerniente a la desafiliación, a raíz de las sentencias falladas en contra; también puede ser que los entes de control, inspección y vigilancia han logrado solucionar satisfactoriamente los conflictos de múltiple afiliación, situaciones que disminuirían la necesidad de acudir a la acción de tutela. Se podrían mencionar más explicaciones, pero escapa a los objetivos de este trabajo determinar las razones de la disminución de las acciones de tutela en el tema de la multifiliación, por lo tanto se deja como un tema abierto para futuras investigaciones.

Retomando el tema, para el año 2009 se profirió la sentencia T-847<sup>62</sup>, que se caracteriza por describir los mismos hechos y confirmar los principios y derechos adoptados en sentencias anteriores. Por lo tanto, esta sentencia resulta útil para cerrar el tema de la múltiple afiliación, porque permite recopilar todos los elementos que harán parte de la *ratio decidendi* de esta línea.

---

asuntos: [...]“c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

<sup>61</sup> M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA: sentencia que decide sobre la constitucionalidad del artículo 41 de la ley 1122 de 2007.

<sup>62</sup> MP JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, Sala Sexta.

En efecto en esta sentencia vemos reiteradas las siguientes consideraciones: primero, cuando se constate la múltiple afiliación en algún afiliado, las EPS deben aplicar las reglas consagradas en la normatividad vigente; segundo, al aplicar dichas reglas, se debe garantizar el derecho al debido proceso y el derecho de defensa; tercero, las entidades que administren la información de los afiliados, deben mantener actualizadas las bases de datos y registrar cualquier novedad sobre las afiliaciones, las consecuencias negativas por un mal manejo de la información no pueden ser trasladadas a los afiliados. Faltan por mencionar los principios a la libertad de escogencia y continuidad, incluyendo el de buena fe, siendo estos dos el fundamento a la inaplicación de la normatividad cuando su estricto cumplimiento vulnera los derechos fundamentales de la población especialmente protegida. Se destaca que estos derechos no son mencionados en la sentencia, a pesar de que los hechos indicados hacen totalmente factibles tenerlas en cuenta en la parte motiva.

Ahora bien, con los anteriores elementos enlistados se puede responder el problema jurídico planteado al inicio ¿Pueden las EPS y EPS-S desafilar unilateralmente a los usuarios y dejar de suministrarles los servicios de salud, cuando presentan múltiples afiliaciones?, con la siguiente *ratio decidendi* construida: *Las entidades encargadas de manejar la afiliación de las personas al sistema, deben respetar el derecho del habeas data de sus usuarios, actualizando constantemente la información, en especial cuando ejerzan su derecho a la libertad de escogencia, para evitar que se genere la múltiple afiliación. Independientemente de cual sea la causa de estar en múltiple afiliación, las entidades deben aplicar las reglas consagradas en el ordenamiento jurídico para proceder con su desafiliación, velando en todo caso por la protección del derecho al debido proceso y del derecho de defensa. Absteniéndose de efectuar su aplicación en aquellos eventos en que signifique la interrupción de la prestación de un servicio, o la vulneración de derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional.*

Como conclusiones generales de esta línea podemos destacar que la Sala Séptima de la Corte Constitucional fue la que más se ocupó del tema de la múltiple afiliación, y de ésta, el Magistrado que se destacó como ponente fue Humberto Antonio Sierra Porto. En efecto, dicha sala profirió cuatro sentencias siendo una de las más importantes para la línea la T-1036-07, puesto que determinó en que casos resulta improcedente la aplicación estricta de la norma.

Otra sentencia importante para la línea es la T-380-07, del Magistrado Jaime Araujo Rentería, puesto que en ella se incorporaron la mayoría de los elementos constituyentes de la *ratio decidendi* que soluciona el problema jurídico, siendo citados en posteriores sentencias. Por estas razones se la denominó como sentencia hito consolidadora de línea. El mismo Magistrado, fue ponente de la

sentencia T-561-08, la cual confirma la posición expuesta por el Magistrado Sierra Porto en la sentencia T-1036-07., generando una posición más definida con respecto a la inaplicación de normas.

Por lo tanto podemos concluir que las sentencias hito de esta línea son la T-380-07 y T-1036-07. Siendo las demás sentencias confirmadoras de principio.

### MÚLTIPLE AFILIACIÓN

¿Pueden las EPS desafilar unilateralmente a los usuarios y dejar de suministrarles los servicios de salud, cuando presentan múltiples afiliaciones?		
<p>Sí, la normatividad vigente es muy clara al prohibir la múltiple afiliación en el SGSSS, por lo que las EPS y EPS-S deben proceder con la desafiliación unilateral de los usuarios que presenten esa situación</p>	<p>• T-028-07 (M.P. MONROY)</p> <p>• T-242-07 (M.P. SIERRA)</p> <p>• <b>T-380-07</b> (M.P. ARAÚJO)</p> <p>• T-806-07 (M.P. SIERRA)</p> <p>• T-1016-07 (M.P. MONROY)</p> <p>• <b>T-1036-07</b> (M.P.SIERRA)</p> <p>• T-024-08 (M.P. PINILLA)</p> <p>• T-207-08 (M.P. VARGAS)</p> <p>• T-561-08 (M.P. ARAÚJO )</p> <p>• T-886-08 (M.P. MONROY)</p> <p>• T-847-09 (M.P. PRETELT)</p>	<p>No, en ningún caso la múltiple afiliación de una persona al sistema de salud supone la cancelación de su vinculación de manera unilateral, en aras de proteger los derechos fundamentales de los usuarios.</p>
	<p>Sentencia hito consolidadora de línea</p> <hr style="width: 10%; margin: 0 auto;"/> <p>Reitera la sentencia T-1036-07</p>	

En el caso de la múltiple afiliación se observa que la línea es más bien uniforme, con algunas variantes leves como los mostrados en las sentencias T-1036-07 y T-561-08, que la inclinan a una posición aún más garantista, pues los derechos involucrados son de personas sujetos de especial protección constitucional, haciendo necesario sobreponer sus derechos fundamentales a la aplicación de las normas que rigen el sistema. Sin embargo, estas sentencias no se alejan del todo de la línea, puesto que las demás también son garantistas al pretender armonizar la aplicación de las normas con los mandatos constitucionales.

Por otra parte, se destaca la importancia de la sentencia T-380-07, debido a que incorpora la mayor cantidad de derechos constitucionales que se deben tener en cuenta cuando se aplican las normas sobre la múltiple afiliación.

## **2. LÍMITES A LA LIBERTAD DE ESCOGENCIA**

La segunda línea jurisprudencial busca determinar las respuestas de la Corte frente a los límites impuestos por parte de las EPS a los usuarios, cuando estos pretenden hacer uso de su derecho al traslado de EPS o de régimen. Por lo tanto, el problema jurídico que se buscará responder es: ¿Pueden las EPS limitar el principio y derecho a la libertad de escogencia de los usuarios cuando éstos desean trasladarse a otras EPS o a otro régimen del sistema? Este problema ofrece las siguientes soluciones hipotéticas: sí, es posible imponer límites legales y extralegales para la libertad de escogencia, buscando asegurar la sostenibilidad del sistema; o no, la libertad de escogencia es un derecho en cabeza de las personas y un principio que rige al sistema, por lo que limitar el traslado conlleva a desconocer el derecho fundamental a la salud.

Para solucionar este problema se utilizaron seis sentencias, las cuales se presentaron conforme al método empleado con la línea jurisprudencial de la múltiple afiliación. Al final se formulará una *ratio decidendi* que pretende solucionar el problema jurídico planteado.

La primera y única sentencia objeto de estudio para el año 2007 es la T-989-07<sup>63</sup>, la cual plantea un caso especial por tratarse de una persona víctima del desplazamiento forzado. La actora se encontraba afiliada al régimen subsidiado por su condición de desplazada, pero cambió de régimen cuando logró vincularse laboralmente. Sin embargo, a los pocos meses decidió renunciar a su trabajo debido a la baja remuneración que recibía. Tiempo después la accionante solicita atención

---

<sup>63</sup> MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Sala Segunda

médica como beneficiaria del régimen subsidiado, pero la entidad le niega el servicio porque aparece en el sistema como afiliada al régimen contributivo. La actora solicita el retiro de la EPS del régimen contributivo, el cual le es negado puesto que el empleador no informó la novedad de su retiro, por tanto, aparece como deudora de tres meses de cotización. Sin la cancelación de los aportes adeudados y sin estar a paz y salvo por todo concepto no se puede efectuar su retiro, según lo dispone el decreto 806 de 1998, artículo 56<sup>64</sup>

Para la Corte Constitucional se debe tener en cuenta que este es un caso especial en el que se encuentran involucrados los derechos fundamentales de una persona perteneciente a un grupo vulnerable de la sociedad, como lo es la población desplazada. Por lo tanto, no resulta factible aplicar las normas generales que rigen la afiliación del SGSSS. En consecuencia, la Corte Constitucional decide inaplicar dichas normas, y por el contrario aplica la jurisprudencia desarrollada en la sentencia T-025-04 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la cual ha señalado, en relación con protección del derecho a la salud de la población desplazada, lo siguiente:

*“(i) la población desplazada se encuentra en una particular posición de vulnerabilidad por la violación masiva y sistemática de sus derechos fundamentales; (ii) que entre los derechos vulnerados por el desplazamiento se encuentra el derecho a la salud; (iii) que por esta razón se debe garantizar el derecho a la protección de la salud de la población desplazada.[...] [la] protección especial ordenada para los desplazados se mantiene por lo menos hasta que se adopte una solución duradera para su problema. En consecuencia, el ingreso de una persona desplazada al sistema laboral en condiciones tan precarias: (i) no le quita la condición de desplazado, ni (ii) le puede hacer perder el derecho a acceder al sistema de salud”*

Por tanto, en este caso se observa que la Corte Constitucional sobrepone los derechos fundamentales de la persona desplazada sobre las normas generales que regulan el procedimiento de afiliación al sistema. Extendiéndose a este tema las consideraciones que planteó la Corte en las sentencias T-1036-07 y T-561-08, relativas a la múltiple afiliación, en el sentido de inaplicar las normas que resulten vulneratorias de derechos fundamentales de personas sujetas de especial protección constitucional.

---

<sup>64</sup>EFFECTIVIDAD DEL TRASLADO. El traslado de un trabajador independiente que se haya retirado de una Entidad Promotora de Salud, adeudando sumas por conceptos de cotizaciones o copagos, se hará efectivo en el momento en que el afiliado cancele sus obligaciones pendientes con el Sistema General de Seguridad Social en Salud a la Entidad Promotora de Salud a la cual se encontraba afiliado

En el año 2008 la primera sentencia proferida fue la T-205-08<sup>65</sup>, en la cual se trata el conflicto relacionado con la negativa del ISS para permitir el traslado de una persona perteneciente a la población de la tercera edad. En este caso el accionante considera que su enfermedad no se está tratando debidamente por parte del ISS, y en consecuencia decide acudir a otra EPS para que ésta inicie el trámite necesario para realizar el traslado. Sin embargo, a pesar de reunir los requisitos legales el ISS responde negativamente ante la solicitud elevada por la EPS, aduciendo que por mandato de una resolución emanada por la Superintendencia de Salud, mediante la cual se revocaba el certificado de funcionamiento, quedaban suspendidos los derechos de traslado de sus afiliados hasta no lograr la transformación de la entidad a la Nueva EPS.

Para solucionar el caso planteado se hace referencia al principio de continuidad en la prestación del servicio, reiterando la importancia que adquiere cuando se trata de personas vulnerables. También se menciona el principio de la libertad de escogencia, haciendo referencia a las mismas consideraciones esbozadas en la sentencia T-380-07. Sin embargo, en esta ocasión la Corte relaciona el derecho a la libertad de escogencia con la dignidad humana. Para hacerlo, inicia con la definición de lo elementos que constituyen la dignidad humana, uno de ellos es la *autonomía personal*, entendida como:

*“la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades de Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo”*

Luego, la Corte indica que este aspecto de la dignidad humana le sirve de soporte a la libertad de escogencia. Por lo tanto, una forma de garantizar la autonomía personal, y por ende la dignidad humana, es a través de la consagración de la libertad de escogencia como principio rector del sistema y como derecho en cabeza de los usuarios.

Ahora bien, como ningún derecho puede considerarse como absoluto, la libertad de escogencia no puede escaparse de restricciones de orden legal para su ejercicio, como es el caso de las restricciones impuestas por La ley 1122 de 2007 en su artículo 25<sup>66</sup>. No obstante, en el caso que se

---

<sup>65</sup> MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Sala Novena

<sup>66</sup> Parágrafo 1°. El usuario que vea menoscabado su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado con la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores y esta no sea cierta, podrá cambiar de aseguradora sin

estudia, la decisión del ISS no tiene justificación legal, debido a que la resolución de la Superintendencia es emitida con posterioridad a la solicitud elevada por la accionante. Por tanto, como los efectos del acto administrativos surten a futuro, la solicitud de retiro de la accionante no tiene porque verse condicionada. Como conclusión de esta sentencia, se puede construir la siguiente *ratio decidendi*: *Dada la importancia de los derechos que suponen la realización del derecho a la libertad de escogencia, no se le pueden imponer limitaciones por fuera de las contempladas en el ordenamiento jurídico.*

La siguiente sentencia proferida en el año 2008 es la T-553<sup>67</sup>. En esta oportunidad la Corte conoce el caso de un usuario que por razones laborales se traslada de ciudad, y resuelve cambiar de EPS cuando constata que en dicha ciudad la EPS en la que se encuentra afiliado no presta sus servicios. El usuario envía la solicitud de retiro, pero le es negado debido a que no tiene el tiempo mínimo de permanencia, consagrados en el artículo 16 del decreto 047 de 2000<sup>68</sup>.

Para solucionar este caso, la Corte destaca nuevamente la importancia del derecho a la libertad de escogencia a la hora de tratar los casos de afiliación. Reitera las consideraciones vistas en la sentencia T-380-07 y T-205-08, e insiste en que el derecho de libre escogencia se ve sometido a una serie de limitaciones. En esta ocasión la Corte cita como límites a este derecho el decreto 1485 de 1994, artículo 14 numerales 4<sup>69</sup> y 9<sup>70</sup>; el decreto 1406 de 1999, artículo 42<sup>71</sup> y el decreto 047 de

---

importar el tiempo de permanencia en esta. El traslado voluntario de un usuario podrá hacerse a partir de un año de afiliado a esa EPS según reglamentación que para dichos efectos expida el Ministerio de la Protección Social.

<sup>67</sup> MP NILSON PINILLA PINILLA Sala Séptima

<sup>68</sup> **Derecho de traslado en el régimen contributivo.** Para efecto de las disposiciones de derecho de traslado del usuario, a partir del 1º de marzo del año 2000, el término para su ejercicio exigirá una permanencia mínima de 18 meses en la misma entidad promotora para los nuevos usuarios, o aquéllos que tengan derecho de traslado a partir de la fecha mencionada, con los respectivos pagos continuos, sin perjuicio de los derechos de traslado excepcional por falla en el servicio o incumplimiento de normas de solvencia. A partir del año 2002 el plazo previsto en este artículo será de 24 meses

<sup>69</sup> *del ejercicio de este derecho [a la libre escogencia] podrá hacerse uso una vez por año, contado a partir de la fecha de vinculación de la persona, salvo cuando se presenten casos de mala prestación o suspensión del servicio.*

<sup>70</sup> *Una vez cumplidos los períodos mínimos de cotización, el afiliado que haga uso de los servicios organizados por las Entidades Promotoras de Salud para atender esta clase de procedimientos de alto costo sujetos a períodos mínimos de cotización, deberá permanecer, salvo mala prestación del servicio, por lo menos dos años después de culminado el tratamiento en la respectiva Entidad Promotora de Salud.*

<sup>71</sup> consagra que el traslado entre entidades administradoras está sujeto al cumplimiento de los “requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras que establecen las normas que reglamentan el Sistema”

2000, artículo 16<sup>72</sup>. Sin embargo, agrega que las restricciones dispuestas en los decretos no pueden ser exigidas cuando exista una mala prestación o suspensión del servicio.

La Corte considera que dentro de la mala prestación del servicio, se incluye la ausencia funcional de la respectiva EPS en una región, o su suspensión. En el caso concreto se configura la mala prestación del servicio, siendo reprochable la decisión de la EPS de limitar el derecho al traslado del accionante. Por lo tanto la *ratio decidendi* que soluciona el caso sería:

*“Ninguna limitación adicional a las normativamente permitidas puede aducirse contra el derecho de libre escogencia y, aun cuando no se encuentren cumplidos los períodos previstos en las disposiciones correspondientes, la ineficiencia en la prestación de los servicios de salud, que también surge de la ausencia de la respectiva EPS en un territorio, o su suspensión, le permiten al usuario ejercer legítimamente y sin restricciones su derecho a cambiar de empresa, en cualquier tiempo, debiendo aplicarse directamente la preceptiva constitucional que propende por la preservación de la vida y la salud de las personas, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 49 superior”*

En el mes de julio la Corte Constitucional profirió la sentencia T-676-08<sup>73</sup>. En esta sentencia se trata el caso de una usuaria que desea trasladarse de EPS, pero se rechaza su solicitud de afiliación porque aparece en la base de datos como afiliada al ISS, y se quiere evitar que se produzca la múltiple afiliación. La actora solicita el retiro al ISS, el cual le es negado por estar adeudando dos meses de cotización, y hasta no estar a paz y salvo no se puede proceder con el retiro. Para la Corte Constitucional resulta improcedente la acción de tutela por cuatro razones: la primera, no se acreditó la amenaza o la vulneración de un derecho fundamental; segunda, no agotó los procedimientos legales y reglamentarios ante las EPS accionadas para poder trasladarse; tercera razón, la negativa para efectuar el traslado se ajustó a las normas legales que rigen y limitan el derecho al traslado, puesto que no cumplía con los requisitos mínimos para ejercer dicho derecho; por último, no se justificaba la inaplicación de dichas normas, porque esto sucede excepcionalmente cuando se trata de una persona víctima del desplazamiento.

---

<sup>72</sup> Para efecto de las disposiciones de derecho de traslado del usuario, a partir del 1° de marzo del año 2000, el término para su ejercicio exigirá una permanencia mínima de 18 meses en la misma entidad promotora para los nuevos usuarios, o aquellos que tengan derecho de traslado a partir de la fecha mencionada, con los respectivos pagos continuos, sin perjuicio de los derechos de traslado excepcional por falla en el servicio o incumplimiento de normas de solvencia. A partir del año 2002 el plazo previsto en este artículo será de 24 meses.

<sup>73</sup> MP RODRIGO ESCOBAR GIL, Sala Cuarta.

Por lo tanto, a pesar de negar la acción de tutela interpuesta por la accionante, esta sentencia puede considerarse como confirmadora de principio. La razón es que reitera que si bien el derecho a libertad de escogencia es fundamental, y su realización implica garantizar otros derechos, esto no implica necesariamente que no se le puedan imponer límites a su ejercicio, los cuales fueron contemplados a plenitud por la EPS accionada.

El mes de agosto se profirió la sentencia T-797-08<sup>74</sup>, y nos presenta los límites impuestos a la libertad de escogencia en el régimen subsidiado. El problema se centra en una persona que a pesar de haber sido beneficiaria del régimen subsidiado por orden del municipio, su afiliación a la EPS-S fue rechazada porque el municipio no elaboró un listado de beneficiarios priorizados que permitiera determinar quienes requieren con mayor urgencia la afiliación a la EPS-S, atendiendo a sus necesidades especiales. La EPS-S aduce que sin tener este listado no se puede proceder a efectuar afiliación alguna. El actor al ver truncada la prestación de los servicios en el régimen subsidiado, solicita que se lo desafilie del mismo, para poder acceder a los servicios a lo que tiene derecho como participante vinculado. El municipio accede a esta petición, sin embargo, con el tiempo el estado de salud del actor empeora y muchos tratamientos que requiere no le son prestados.

La Corte inicia el análisis del caso explicando el funcionamiento del régimen subsidiado y reitera la importancia del derecho a la libertad de escogencia. Para el caso concreto, la Corte condena la actuación del municipio de desafiliar del régimen subsidiado al accionante para que reciba los servicios de salud como participante vinculado, por considerarla una medida regresiva que atenta contra el derecho a la salud del accionante, puesto que los servicios recibidos como vinculado no son de la misma calidad que los prestados en el régimen subsidiado. Solo se justifica la desafiliación del régimen subsidiado, cuando la persona se traslade al régimen contributivo.

También desaprueba la actuación de la EPS-S por rechazar la afiliación del accionante ordenada por el municipio, y considera que ambas actuaciones generan la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, sin que éste haya tenido participación alguna en las irregularidades administrativas que impidieron su afiliación. Por lo tanto, la Corte Constitucional concluye con la siguiente *ratio decidendi*:

*“Los administradores de los regímenes contributivo y subsidiado de salud no pueden erigir mayores barreras a la libertad de escogencia que las que legal y reglamentariamente se han definido. [...] resulta desproporcionado trasladar la carga de la presunta irregularidad*

---

<sup>74</sup> MP RODRIGO ESCOBAR GIL, Sala Cuarta.

*administrativa al accionante, máxime cuando existen escenarios en los que la accionada podía procurar la solución del problema sin afectar los derechos fundamentales del accionante, como es la queja que puede elevar ante la personería municipal”*

Ahora bien, para comprender la sentencia objeto de estudio es importante explicar el concepto de la selección adversa, teniendo en cuenta que si bien la EPS-S negó la afiliación aduciendo la ausencia de la lista de beneficiarios priorizados, también argumenta de manera tangencial que el usuario padecía una enfermedad catastrófica.

A pesar de que el tema de la selección adversa como límite al ejercicio del derecho a la libertad de escogencia amerita un estudio más profundo y detallado, no se lograron localizar más sentencias que lo abordaran en el periodo de tiempo seleccionado. Por lo tanto, utilizaré el *obiter dictum*<sup>75</sup> de la sentencia T-797-08 para incluir el tema de la selección adversa en el presente trabajo.

La selección adversa es definida en esta sentencia como el comportamiento de las EPS conducente a rechazar el aseguramiento de las personas que tengan mayor probabilidad de sufrir alguna enfermedad, o que estén sufriendo una enfermedad considerada de alto costo. Entre sus posibles causas podemos mencionar, primero, el diseño por parte del legislador de un sistema intermedio de aseguramiento, lo cual supone que a pesar de haber asistencia por parte del Estado, la actividad de las EPS se rige por las reglas de un mercado competitivo, por lo que siempre buscarán incurrir en los menores costos posibles. Segundo, la información asimétrica que posee tanto el asegurador como el paciente, esto quiere decir que los individuos son quienes tienen mayor conocimiento de su estado de salud, en consecuencia, aquellos que crean tener peor estado de salud, son los que buscarán su aseguramiento; las EPS o aseguradoras, previendo esta situación y para evitar sobrecostos en la atención de los usuarios, inician prácticas de selección adversa.

Con el objetivo de lograr una distribución más equitativa del riesgo entre las EPS y así evitar la práctica de selección adversa causada por las enfermedades catastróficas, la legislación colombiana

---

<sup>75</sup> Sobre este tema véase LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Ob. Cit.* p. 258, donde se define el concepto de *obiter dictum* de la siguiente manera: “hay *dicta* cuando el fallo tiene argumentos que están fundamentados en hechos hipotéticos que el juez no ha verificado, o que ha introducido a manera de ejemplo o ilustración, o que no corresponden al problema jurídico real que la Corte ha resuelto”. Esto quiere decir que la *obiter dictum* de la sentencia son argumentos abstractos y generales que por lo general desarrollan conceptos y principios constitucionales, que no necesariamente conducen a la resolución del caso concreto. Por eso los operadores jurídicos no pueden considerar estos argumentos como vinculantes para la solución de un caso concreto.

creó una serie de instrumentos, la Corte Constitucional en la sentencia T-797-08 menciona los siguientes:

*“(i) el ajuste de la Unidad de Pago por Capitación para pacientes con enfermedades de alto costo<sup>76</sup>, (ii) la imposición en cabeza de las administradoras de la obligación de suscribir contratos de reaseguro para el cubrimiento de los riesgos derivados de la atención de enfermedades de alto costo<sup>77</sup>, (iii) la restricción a la movilidad de los pacientes de alto costo<sup>78</sup>, (iv) el diseño de un mecanismo de redistribución de los afiliados que padecen de enfermedades de alto costo entre las diferentes EPS para evitar su concentración<sup>79</sup> y (v) la asunción de políticas de prevención de enfermedades de alto costo”<sup>80</sup>”*

También destacó los instrumentos a través de los cuales se pretende evitar la selección adversa en el régimen subsidiado:

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

No obstante, las EPS pueden oponerse a la afiliación de las personas que padecen enfermedades de alto costo, siempre y cuando acrediten los siguientes requisitos: primero, que los mecanismos dispuestos por el legislador son insuficientes para hacer frente a los problemas financieros que la atención de dicho paciente puede ocasionarle a la organización; segundo, debe objetar, previamente, la lista de beneficiarios priorizados según lo dispuesto en el parágrafo del artículo 10 del Acuerdo 227 de 2002 del CNSSS<sup>81</sup>, y que ha elevado la correspondiente queja ante la personería municipal.

Ahora bien, podría afirmarse que las prácticas de selección adversa se presentan muy poco o no se presentan, puesto que en los últimos tres años la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre el

---

<sup>76</sup>Acuerdos 217 de 2001 y 227 de 2002 del CNSSS

<sup>77</sup>Ley 100 de 1993, artículo 162.

<sup>78</sup>Decreto 1485 de 1994, artículo 14.

<sup>79</sup>El Acuerdo 245 de 2003 del CNSSS

<sup>80</sup>Acuerdo 245 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

<sup>81</sup> **Parágrafo.** Las ARS que con ocasión de la aplicación de los listados priorizados entregados por la entidad territorial en las fechas establecidas en el presente acuerdo, establezcan que estos han sido modificados, deberán objetarlos, exigiendo la aplicación de los listados entregados en oportunidad sin perjuicio de las acciones que deban adelantar ante las instancias de vigilancia y control.

tema. Sin embargo, este hecho puede tener múltiples explicaciones que no necesariamente indiquen que los instrumentos indicados en los párrafos anteriores funcionen. La explicación de este fenómeno se escapa del objetivo de este trabajo, por lo que se deja planteado el tema para futuras investigaciones.

Con todo, se considera que sin importar el argumento o medio que se utilice, ya sea selección adversa o cualquier otro límite que se imponga a la libertad de escogencia, la respuesta de la Corte va encaminada al mismo objetivo, que consiste en recordarles a las EPS que aparte de los límites consagrados en la ley no se pueden imponer otros que vulneren el derecho la libertad de escogencia.

La última sentencia que se analizará en esta línea es la T-1229-08<sup>82</sup>, la cual está compuesta por dos expedientes con distintos casos. El primero de ellos, trata el caso de la confusión entre dos EPS a la hora de efectuar el traslado de una persona. Por un lado la EPS de la cual se quiere retirar la usuaria dice que ha autorizado el retiro, mientras que la EPS a la cual se quiere afiliarse la peticionante manifiesta que aún no ha recibido la comunicación del retiro y por tanto no puede proceder con su afiliación. Al respecto la Corte le recordó a las EPS que uno de los deberes que tienen a la hora de efectuar el traslado de un usuario, es el de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, es decir, hasta tanto la persona que solicitó el traslado no se encuentre efectivamente afiliada y disfrutando de los servicios de la EPS a la cual decidió trasladarse, la EPS de la cual se desafilia no puede dejar de prestarle los servicios de salud que requiera.

Por otra parte, el segundo expediente presenta los mismos hechos de la sentencia T-205-08, y por tanto la parte motiva como la decisión es prácticamente idéntica, por lo que no es necesario hacer una descripción detallada del mismo. Basta con considerarla como sentencia confirmadora de principio.

Por regla general, las sentencias resultaron ser confirmadoras de sentencia, pues se limitaron a reiterar lo dicho en la T-205-08. Esto puede indicar que antes del año 2007 existía una *ratio decidendi* consolidada, de manera que a partir de este año, o tal vez años antes, las sentencias se limitaron a confirmar el precedente. Además, el hecho de haber disminuido el número de sentencias que solucionen el tema de límites injustificados para el ejercicio de la libertad de escogencia, puede indicar que la Corte considera que este tema ha dejado de ser un problema reiterado que justifique

---

<sup>82</sup> MP MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, Sala Quinta.

Se aclara que en los periodos correspondientes a los años 2009 y 2010, no se encontraron sentencias pertinentes al objeto de estudio.

su pronunciamiento, sin embargo, la explicación de esto no puede ser encontrada con el estudio de las sentencias de la Corte Constitucional.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el presente capítulo, la *ratio decidendi* que se construye para solucionar el problema planteado al inicio es: *Ninguna limitación adicional a las consagradas en el ordenamiento jurídico pueden imponerse al ejercicio del derecho a la libertad de escogencia. Sin embargo, cuando la persona que ejerce el derecho al traslado resulte ser un desplazado por la violencia, deben inaplicarse dichas normas en caso de que vulneren sus derechos fundamentales. De igual forma se debe proceder cuando la desafiliación implique afectar el principio de continuidad en la prestación del servicio*

### LÍMITES A LA LIBERTAD DE ESCOGENCIA

¿Pueden las EPS limitar el principio y derecho a la libertad de escogencia de los usuarios cuando éstos desean trasladarse a otras EPS o a otro régimen del sistema?		
<p>Sí, es posible imponer límites legales y extralegales para la libertad de escogencia, buscando asegurar la sostenibilidad del sistema</p>	<p>Persona en situación de desplazamiento se cita la T-025-04</p> <p>No se cumplen los requisitos mínimos para ejercer el derecho al traslado</p> <p>T-989-07 (M.P. CEPEDA)</p> <p>T-205-08 (M.P. VARGAS)</p> <p>T-553-08 (M.P. PINILLA)</p> <p>T-676-08 (M.P. ESCOBAR)</p> <p>T-797-08 (M.P. ESCOBAR)</p> <p>T-1229-08 (M.P. GONZÁLEZ)</p>	<p>No, la libertad de escogencia es un derecho en cabeza de las personas y un principio que rige al sistema, por lo que limitar el traslado conlleva a desconocer el derecho fundamental a la salud.</p>

En el caso de los límites a la libertad de escogencia, se observa que la única sentencia que se aleja drásticamente de una posición intermedia es la T-989-07, debido a que se trata de una persona víctima del desplazamiento forzado, siendo necesario para la Corte asumir una posición más garantista de sus derechos, según lo había dispuesto esa misma corporación en la sentencia T-025-04. Las siguientes sentencias, T-205-08, T-553-08 y T-676-08, adoptan una posición intermedia por

considerar que ningún derecho es absoluto, siendo admisible la imposición de límites al ejercicio de la libertad de escogencia, siempre y cuando éstos sean producto del legislador.

Por último, las sentencias T-797-08 y T-1229-08 inclinan la línea hacia una posición un poco más garantista por considerar que en la aplicación de las normas dispuestas por el legislador para limitar la libertad de escogencia, se debe observar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los usuarios.

### **3. LÍMITES A LA AFILIACIÓN DE BENEFICIARIOS**

La tercera línea jurisprudencial aborda el tema de las personas que se encuentran vinculadas al sistema como beneficiarios del usuario cotizante. Los problemas que se presentan con su vinculación, radican en los requisitos que deben reunir para poder ostentar la calidad de beneficiarios. En este orden de ideas, el problema jurídico que se plantea sería: ¿Pueden las EPS desafiliar o abstenerse de afiliar a las personas que pertenezcan o quieren pertenecer al sistema como beneficiarios cuando no reúnen los requisitos que les acredite tener dicha calidad? Igual que en las anteriores líneas se plantea dos alternativas para solucionar este problema jurídico: la primera respuesta plantea que la normatividad vigente es muy clara al establecer límites a la afiliación de beneficiarios con el fin de proteger la sostenibilidad del sistema. Por lo tanto, cuando las EPS verifiquen que una persona no reúne los requisitos para ser beneficiario deben proceder con su desafiliación. La segunda respuesta plantea que las personas que no reúnan los requisitos para ser consideradas como beneficiarias pueden afiliarse puesto que uno de los objetivos y principios del sistema es la universalidad. Lo cual implica el deber de afiliar al sistema a todas las personas, para así garantizar la realización del derecho fundamental a la salud.

Para esta línea se tendrán en cuenta diez sentencias cuyo método de estudio tendrá algunas variaciones con respecto al que se ha utilizado para elaborar las líneas jurisprudenciales anteriores.

Durante el periodo 2007 se estudiaron seis sentencias. La primera de ellas es la sentencia de constitucionalidad C-075-07<sup>83</sup>, que si bien trata específicamente el tema de los derechos civiles y patrimoniales de las parejas del mismo sexo, su importancia para este trabajo radica en el salvamento de voto realizado por el Magistrado Jaime Araujo Rentería.

---

<sup>83</sup> MP RODRIGO ESCOBAR GIL

En dicha sentencia se demandó el artículo 1 de la ley 54 de 1990<sup>84</sup> en los apartes que define a la pareja permanente como aquella conformada por un hombre y una mujer. Para los accionantes resulta discriminatorio el hecho de que exista todo un régimen patrimonial de las parejas permanentes heterosexuales, sin existir ninguna razón que justifique el hecho de excluir de dicho régimen a las parejas homosexuales.

La Corte Constitucional le da la razón a los accionantes, y dentro de sus consideraciones afirma:

*“No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales”*

El salvamento de voto del Magistrado Rentería critica que en la sentencia se aborde la discriminación de las parejas homosexuales como un problema meramente económico, siendo que el problema de la discriminación se extiende a otros ámbitos de la vida en sociedad, como los campos laboral, político, cultural, etc. Con respecto al tema de la seguridad social en salud, el Magistrado Rentería manifiesta que las parejas homosexuales son discriminadas al no poder afiliarse a su pareja como beneficiario, como sí lo hacen las parejas heterosexuales, resultando injustificada dicha distinción con respecto a las parejas heterosexuales.

Este salvamento de voto constituye, dentro del periodo de análisis de esta investigación, un primer precedente en el tema de afiliación como beneficiarios al SGSSS, a pesar de que el tema central de la sentencia no giró en torno a él.

En el mes de octubre se profiere la sentencia C-811-07<sup>85</sup>, si bien no es la sentencia que sigue en orden cronológica, para este caso se hará una excepción con el objetivo de dar unidad temática a la argumentación. Esta sentencia hace referencia específica a la afiliación al sistema de seguridad social como beneficiarios de las parejas homosexuales, a través de la demanda al artículo 163 de la ley 100 de 1993<sup>86</sup>. Para los accionantes el hecho de no incluir a las parejas del mismo sexo como

---

<sup>84</sup> Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes

<sup>85</sup> MP MARCO GERARDO MONROY CABRA

<sup>86</sup> *La Cobertura Familiar. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan*

parte de la cobertura familiar menoscaba los derechos de este grupo poblacional, a la dignidad humana, a la igualdad, a la libertad de expresión, entre otros. La Corte Constitucional le da la razón a los demandantes y a algunos intervinientes, puesto que considera que:

*“la exclusión derivada de la norma sub judice somete a una presión desproporcionada, y por tanto inconstitucional, el libre ejercicio de la opción sexual (art. 16 CP), en cuanto que impide que personas que han decidido conformar una pareja estable -en un modelo que la Constitución acepta y ampara-, reciban los beneficios de un sistema que se ofrece a otros individuos -de distinto sexo- que también han decidido hacerlo”*

Con esta sentencia la Corte Constitucional da un giro al precedente que se había consagrado en sentencias anteriores como la SU-623-01<sup>87</sup>. En dicha sentencia se estableció que la no inclusión de las parejas homosexuales como beneficiarios del sistema no resulta vulneratorio del derecho a la igualdad teniendo en cuenta las siguientes razones: en primer lugar el legislador tiene libertad de configuración legislativa, y en virtud de esa prerrogativa determinó que solo pueden considerarse beneficiarios del cotizante quienes pertenezcan a su grupo familiar. Según la Constitución Política se considera familia a la unión conformada por un hombre y una mujer, por lo tanto, al no ser el derecho a la igualdad un derecho absoluto, el hecho de que el legislador decidiera limitar el grupo de personas beneficiarias no constituye vulneración a dicho derecho. En segundo lugar, en ningún momento se les niega la afiliación al sistema a las parejas homosexuales porque no solo por medio de la vinculación al régimen contributivo como beneficiarios las personas pueden acceder al sistema, sino que además existen otros medios como el régimen subsidiado, o como cotizante independiente del régimen contributivo.

Aunque en la sentencia C-811-07 la Corte no controvierte estos argumentos, en el sentido de que se abstiene de considerar a la relación surgida entre parejas homosexuales como familia, por lo menos advierte que la exclusión derivada de la norma es causada por la orientación sexual de las personas, siendo esto contrario a la dignidad humana en sus tres dimensiones: vivir bien, vivir como se quiere y vivir sin humillaciones

Las sentencias C-811-07 y C-075-07 abarcan una serie de temas relacionados con los derechos de las parejas del mismo sexo, como es el caso de su reconocimiento como familia, aspecto sobre el

---

*menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependen económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependen económicamente de éste.*

<sup>87</sup> MP RODRIGO ESCOBAR GIL, Sala Plena.

cual existen varias posiciones contrapuestas. Sin embargo, teniendo en cuenta el objeto de esta investigación, se estudió más a fondo la sentencia C-811-07 por tratar directamente el tema de la afiliación como beneficiarios. Por lo tanto, la conclusión que podemos extraer de esta sentencia, es que el régimen de protección consagrado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993 también incluye a las parejas homosexuales.

Otra sentencia que trata el tema de de la afiliación de beneficiarios en las parejas del mismo sexo es la T-856-07<sup>88</sup>. El caso que plantea es el de una persona que considera vulnerado su derecho a la igualdad, por cuanto la EPS a la que se encontraba afiliado respondió negativamente la solicitud de afiliarse como beneficiario a su compañero permanente. El actor estima que se le está discriminando por su orientación sexual, debido a que solo permiten la afiliación como beneficiarios de los compañeros permanentes heterosexuales.

La parte motiva de esta decisión hace referencia a la sentencia C-811, lo que la define como una sentencia confirmadora de principio, en la medida en que para su solución se siguió el mismo camino argumentativo trazado por la anterior. De manera que esta sentencia se utiliza para consolidar el cambio de rumbo del precedente, que aún se puede considerar como débil por no tener más de un año la publicación de las decisiones. Entonces, como gran conclusión de estas tres sentencias, puede considerarse como *ratio decidendi* el siguiente extracto jurisprudencial:

*“La figura de la unión marital de hecho y la calidad de compañero o compañera permanente también cobijan a las parejas homosexuales. Por lo tanto, el régimen de protección contenido en la ley 100, en especial el hecho de poder ser beneficiario del compañero permanente del mismo sexo (art. 163), se aplica también a las parejas del mismo sexo”*

El análisis cronológico de las sentencias de la Corte Constitucional, continúa con la sentencia T-585-07<sup>89</sup>, donde se presenta el caso de la negativa de una EPS para afiliarse al hijo recién nacido de una menor de edad como beneficiario del abuelo, puesto que aquella depende económicamente de ésta. Las razones expuestas por la EPS es que el menor no pertenece al grupo familiar de la accionante, sin embargo, propone como solución aplicar los decretos 806 de 1998, artículo 40<sup>90</sup>, y

---

<sup>88</sup> MP HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Sala Séptima

<sup>89</sup> MP NILSON PINILLA PINILLA, Sala Sexta.

<sup>90</sup> Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

47 del 2000, artículo 2<sup>91</sup>, que consiste en afiliarlo como cotizante dependiente cancelando el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). El cotizante decide interponer acción de tutela en representación de su nieto, al considerar vulnerados los derecho a la salud y a la seguridad social del recién nacido, teniendo en cuenta que no tiene los recursos suficientes para sufragar el valor de la UPC.

Para solucionar el caso planteado, en primer lugar la Corte recuerda que su jurisprudencia<sup>92</sup> le ha atribuido a las EPS una serie de obligaciones, como es el acompañamiento que les deben prestar a las hijas beneficiarias cuando están embarazadas, consistente en informarlas sobre las diligencias pertinentes para obtener la asignación de la EPS que asumirá la atención del hijo que está por nacer. Si al momento de nacer no se le ha asignado una EPS que le preste los servicios, la EPS de la madre está obligada a cubrir la atención médica del menor, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía. En el caso concreto, en ningún momento la EPS demandada cumplió con su deber de acompañamiento, lo cual se demostró al no indicarle que entidad era la encargada de prestarle los servicios de salud al menor y por no prestar los servicios médicos que requería, por lo menos hasta definir su situación.

Ante esta situación, la Corte Constitucional le ordena a la EPS a la que se encuentra afiliada la madre, prestar los servicios médicos del menor, hasta definir el régimen o la entidad a la que deba quedar vinculado el menor, situación que debe quedar definida en menos de un mes. Teniendo en cuenta lo anterior la *ratio decidendi* que se puede construir de este problema es: *la atención integral en salud del recién nacido por cuenta de las instituciones que hacen parte del SGSSS (EPS, ARS e IPS) no puede condicionarse al cumplimiento de los requisitos relacionados con la vinculación directa o indirecta de éste a determinado grupo familiar.*

La siguiente sentencia objeto de estudio fue proferida en el mes de noviembre y se trata de la T-944-07<sup>93</sup>, que aborda el caso de una estudiante universitaria afiliada al régimen contributivo como beneficiaria de su padre. Sin embargo, cuando cursaba séptimo semestre la universidad redujo la intensidad horaria para su carrera a dieciséis horas semanales. Debido a esto la EPS decidió desafiliarla, informándole que no cumplía con los requisitos legales consagrados en el decreto 806

---

<sup>91</sup> Numeral 5: Por los afiliados, adicionales se deberá cancelar la unidad de pago por capitación que corresponda a su grupo etéreo, el valor que el Consejo Nacional de Seguridad Nacional en Salud defina para promoción y prevención, más un 10% destinado este último porcentaje a la subcuenta de solidaridad

<sup>92</sup> Corte Constitucional, sentencias: T-1035 de 2006 y T-1199 de 2005

<sup>93</sup> MP RODRIGO ESCOBAR GIL, Sala Cuarta.

de 1998, artículo 34<sup>94</sup> y el decreto 1889 de 1994, artículo 15<sup>95</sup>, que la acreditaran como beneficiaria. La accionante considera que la actuación de la EPS vulnera sus derechos a la salud y a la seguridad social, porque no se le puede imputar a ella la decisión de la institución consistente en disminuir la carga académica. Por último, aduce que sus padres no tienen los suficientes recursos para afiliarla bajo la figura de cotizante dependiente.

Para solucionar este caso la Corte empieza con el análisis de las normas citadas por la EPS, haciendo referencia a la sentencia T-568 de 2001, que destaca los objetivos que persiguen:

*“la exigencia de dedicación exclusiva al estudio propende por el fomento de la escolaridad en los hijos de los afiliados al sistema de salud, de manera que, al garantizarles la protección que se deriva de su afiliación como beneficiarios, se libran de la necesidad de buscar los recursos para atender a sus requerimientos de salud”*

En este orden de ideas, si no se cumple la carga horaria mínima no se puede mantener a una persona como beneficiaria, pues surge para ella la obligación de trabajar para cubrir sus contingencias de salud. Este límite a la afiliación no puede considerarse vulneratorio de algún derecho constitucional; por el contrario, pretende lograr la efectividad progresiva del derecho a la salud, debido a que impone en cabeza de las personas la obligación de trabajar, para así aportar recursos al sistema atendiendo al principio de solidaridad. Por otro lado, no se limita el acceso al SGSSS sino que se le imposibilita acceder a éste en calidad de beneficiario del cotizante, puesto que permanece a su disposición las siguientes alternativas para acceder al sistema: i) la afiliación en calidad de cotizante al Régimen Contributivo, ii) la afiliación como cotizante dependiente, a través del pago de un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar y iii) la afiliación en el Régimen Subsidiado<sup>96</sup>.

Sin embargo, no siempre resulta constitucionalmente procedente aplicar restricciones a la afiliación como beneficiario del cotizante, puesto que en algunas ocasiones pueden atentar contra el principio

---

<sup>94</sup> Cobertura familiar. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por: [...]e) Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan económicamente del afiliado;

<sup>95</sup> Condición de Estudiante. Para los efectos de la pensión de sobrevivientes, los hijos estudiantes de 18 años o más años de edad y hasta 25, deberán acreditar la calidad de tales, mediante certificación auténtica expedida por el establecimiento de educación formal básica, media o superior, aprobado por el Ministerio de Educación, en el cual se cursen los estudios, con una intensidad de por lo menos 20 horas semanales.

<sup>96</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-944-07, MP RODRIGO ESCOBAR GIL

de continuidad en la prestación de los servicios. Lo anterior debe ser considerado por el juez en cada caso concreto<sup>97</sup>, y debe verificar si realmente concurren elementos excepcionales que ameriten la inaplicación de la norma.

En el caso concreto, la accionante no logró demostrar que se encontraba en una situación que ameritara la inaplicación de las normas, pues no sufría de ninguna enfermedad que se agravara con la desafiliación y consecuente interrupción del servicio, por lo tanto, la Corte decide no acceder a sus pretensiones. Se puede concluir el estudio de esta sentencia con la construcción de la siguiente *ratio decidendi*: *si no concurren elementos excepcionales respecto del interesado, que deben ser evaluados en cada caso concreto, como por ejemplo la afectación del principio de continuidad en la prestación del servicio, no hay lugar a inaplicar el requisito de dedicación exclusiva al estudio que se concreta en una carga académica mínima de 20 horas semanales, como quiera que la exigencia social de trabajar para autoproverse, no resulta desproporcionada a la luz de los principios de universalidad, progresividad y eficiencia que rigen el Sistema de Salud*

En noviembre se profirió la sentencia T1012-07<sup>98</sup>, la cual aborda el caso de una EPS que niega la afiliación como beneficiaria a la compañera permanente del cotizante. La principal razón que expone la EPS para adoptar esa decisión, es que no cumple los requisitos consagrados en el artículo 163 de la ley 100 de 1993<sup>99</sup>, es decir, no ha convivido con el cotizante como mínimo por dos años.

La Corte Constitucional le recuerda a la EPS que en la sentencia C-521-07<sup>100</sup>, se pronunció sobre la expresión “superior a dos años”, declarándola inexecutable. Las razones expuestas en su momento explicaban que la exigencia de convivencia para afiliarse al compañero(a) permanente, resulta discriminatoria con respecto a la afiliación del cónyuge, puesto que a éste no se le imponen mayores condiciones para llevarla a cabo. Para la Corte no existen razones objetivas que justifiquen ese trato discriminatorio, y por el contrario se vulneran el derecho a la igualdad.

Por tanto, la EPS carece de fundamento legal para poder desafiliar a la accionante, porque la norma que justificó su decisión había sido declarada inexecutable con anterioridad. Entonces se reitera la

---

<sup>97</sup> Sobre la inaplicación de las restricciones en los regímenes especial y general, véase las sentencias T-059-07, MP ALVARO TAFUR GALVIS y T-067 de 2002, MP NILSON PINILLA PINILLA

<sup>98</sup> MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Sala Novena.

<sup>99</sup> La Cobertura Familiar. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea **superior a 2 años** (Resaltado fuera de texto)

<sup>100</sup> MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

posición consistente en que por fuera de los límites legales, no se puede proceder con la desafiliación de un beneficiario.

El mes de diciembre la Corte Constitucional profiere la sentencia T-1093-07<sup>101</sup>, donde se presenta un caso similar al de la sentencia T-585-07, es decir, se trata de un recién nacido que no ha podido vincularse al sistema, porque su madre pertenece al régimen contributivo como beneficiaria. Las razones expuestas por la EPS son similares a las de la sentencia mencionada al igual que las propuestas que plantea para afiliarse al menor.

Para solucionar el caso planteado, la Corte recuerda nuevamente las obligaciones que tienen las EPS con respecto a las hijas beneficiarias en estado de gravidez. Sin embargo, realiza algunas consideraciones adicionales con respecto a la inconveniencia de aplicar las distintas alternativas que se tienen para afiliarse al recién nacido.

Las formas en las que el menor puede vincularse al sistema son las mismas mencionadas en la sentencia T-944-07. Sin embargo, no es posible afiliarlo como cotizante dependiente, puesto que ni su abuela y mucho menos su madre cuentan con los recursos suficientes para hacerlo. Por tanto, quedan las siguientes opciones para poder vincular al menor al sistema: primero, que la madre renuncie a su calidad de beneficiaria del régimen contributivo y solicite su afiliación al régimen subsidiado, para así incluir a su hijo como beneficiario en el régimen subsidiado; segundo, que el menor se vincule al sistema bajo la figura de participe vinculado.

Con respecto a las opciones planteadas, la Sala considera que resulta inconveniente aplicarlas, pues no garantizan los derechos a la salud y a la seguridad del menor por las siguientes razones: la afiliación del menor al régimen subsidiado con la renuncia de la madre en su calidad de beneficiaria, resulta ser desproporcionado que la madre renuncie a los beneficios a que tiene derecho; sobre la propuesta de afiliarse al menor como participe vinculado, la Corte la considera inconveniente porque los servicios prestados son limitados, y muchas entidades podrían dificultar la prestación de los servicios del menor argumentando que la madre se encuentra en el régimen contributivo. Por lo tanto, ante la inconveniencia de aplicar dichas opciones, la solución propuesta por la Corte es la de inaplicar las normas invocadas por la EPS, es decir, afiliarse al menor como beneficiario de su abuela, eximiéndola del pago de la UPC, dándole la oportunidad a la EPS de repetir contra el FOSYGA.

---

<sup>101</sup> MP HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Sala Séptima.

La sentencia T-1093 resulta más garantista que la T-585-07, porque en ésta no se soluciona el problema de afiliación del menor, la Corte Constitucional sólo garantizó la prestación de los servicios que requiera hasta definir la afiliación del menor. En cambio, la T-1093-07 soluciona la afiliación del menor vinculándolo al régimen contributivo como beneficiario dependiente, hasta que su madre cumpliera la mayoría de edad.

La primera sentencia del 2008 es la T-088-08<sup>102</sup>, que plantea el caso de una menor de edad embarazada, que poco antes de dar a luz adquiere la mayoría de edad, razón por la cual la EPS a la que se encontraba afiliada como beneficiaria de su padre cotizante decide desafiliarla, dejando de recibir los servicios prenatales. La demandada considera que está obrando en derecho, puesto que la accionante no allegó los documentos exigidos en el decreto 1703 de 2002<sup>103</sup> para acreditar su condición de estudiante y dependencia económica de su padre, único caso en el cual podría continuar como beneficiaria a pesar de haber adquirido la mayoría de edad.

Para solucionar este problema, la Corte retoma conceptos tales como el debido proceso y el derecho de defensa, considerándolos vulnerados en el caso concreto porque no le planteó al padre de la accionante la posibilidad de afiliarla como cotizante dependiente. También le recuerda a la EPS su deber de respetar el derecho a la continuidad de la prestación del servicio de las personas que gozan de especial protección, puesto que así lo ordena la constitución (art. 13) y porque su desafiliación constituye una regresión a la efectividad del derecho a la salud.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, la Corte en la parte resolutive le ordena a la EPS, afiliar tanto a la accionante como a su hijo durante el primer año de vida del menor. Al terminar dicho año de protección, la EPS tendrá, además, la obligación de acompañar a la accionante hasta que tanto ella como su hijo sean afiliados a otra entidad, ya sea del régimen subsidiado o del contributivo; obligación que implica, entre otros, el deber de no desafiliarlos sino hasta cuando la actora y su unigénito cuenten con otra empresa promotora de salud, indicar que documentos requiere para la afiliación y señalar las normas pertinentes de los diferentes regímenes. Se podría considerar que esta sentencia ratifica la posición de las sentencia T-1093-07, porque en todas ellas se opta por inaplicar la normatividad vigente, al tratarse de personas que gozan de especial protección,

---

<sup>102</sup> MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Sala Primera.

<sup>103</sup> ARTÍCULO 3o. AFILIACIÓN DEL GRUPO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, la afiliación al sistema requiere la presentación de los documentos que acreditan las condiciones legales de todos los miembros del núcleo familiar, así: [...] 4. Para acreditar la calidad de estudiante, certificación del establecimiento educativo, en donde conste edad, escolaridad, período y dedicación académica; [...]6. La dependencia económica con declaración juramentada rendida personalmente por el cotizante, en la que conste el hecho

Posteriormente se estudió la T-1054-08<sup>104</sup>, la cual resuelve el caso de una mujer que se encuentra afiliada al régimen contributivo como cotizante, y tiene la custodia de sus cuatro hermanos menores de edad huérfanos desde hace más de cuatro años. Por eso, solicita a la EPS que afilie a sus hermanos como beneficiarios, pero ésta niega su solicitud aduciendo que de acuerdo con el decreto 806 de 1998, artículo 34<sup>105</sup>, los hermanos no entran dentro del grupo familiar del cotizante, por lo tanto si se quiere afiliar personas distintas a las mencionadas en la norma citada, se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1703 de 2002, artículo 7, es decir, debe pagar la UPC para afiliar a cada hermano. La accionante aduce que no tiene los recursos suficientes para sufragar la UPC de cada hermano, puesto que sólo recibe como remuneración un salario mínimo.

Las consideraciones adoptadas por la Corte para solucionar el caso son las siguientes: en primer lugar, la situación de especial protección constitucional que tienen los menores de edad por mandato constitucional. La segunda, hace referencia a la libertad de configuración legislativa, la cual implica que el imponer límites de acceso al régimen contributivo no atenta contra el derecho a la salud ni al de la seguridad social, por el contrario, busca la realización armónica del derecho fundamental a la seguridad social con relación a la ampliación progresiva de la cobertura del Sistema de salud; el no poder acceder al régimen contributivo como beneficiario no implica necesariamente la imposibilidad de acceder a los servicios de salud, puesto que existen otras modalidades dispuestas por el legislador para acceder a dichos servicios.

Igualmente cita la sentencia T-944-07 porque para este caso resultan aplicables las excepciones a las restricciones de afiliación a beneficiarios previstas en dicha sentencia. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye la sentencia con las siguientes consideraciones, constituyen la *ratio decidendi* que resuelve este caso:

*“La accionante por tener la custodia de sus hermanos menores, tiene los mismos deberes y obligaciones que tiene un padre o madre en relación con sus hijos, entonces tiene los mismos derechos, incluido el de afiliarlos a su EPS en calidad de beneficiarios. [Además] la exigencia del pago de las UPC. vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los*

---

<sup>104</sup> MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Sala Primera.

<sup>105</sup> Cobertura familiar. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por: a) El cónyuge; b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años; c) Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado; d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado; e) Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan económicamente del afiliado.

*menores. Por tal razón, corresponde la inaplicación de las normas que prevén tal requisito y ordenar las actuaciones necesarias para garantizar su derecho al acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de su afiliación a [la EPS] en calidad de beneficiarios”*

A continuación sigue la exposición de la sentencia T-503-09<sup>106</sup>, la única correspondiente al año 2009. Los hechos descritos muestran a una persona afiliada al régimen contributivo, quien adquiere la custodia de su nieta menor de edad y desea afiliarla como beneficiaria. La EPS niega la afiliación de la menor aduciendo las mismas razones expuestas en la sentencia anterior y proponiendo la misma solución. El usuario acude a la acción de tutela debido a que no tiene los recursos suficientes para pagar la UPC.

La decisión de esta sentencia resulta contraria a la planteada en la T-1054-08, por lo tanto se aleja del precedente. En efecto, a pesar de que en ambas sentencias se involucran los derechos de menores de edad sujetos de especial protección constitucional, la Corte no considera la posibilidad de inaplicar las normas, como sí lo hizo en la T-1054-08, por las siguientes razones, fundadas en la sentencia T-939-01<sup>107</sup>:

*“La menor no puede ser incluida como beneficiaria de su abuela dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, pues de acuerdo a la normatividad que rige la materia, está excluida de la cobertura familiar de la actora, empero, ‘la exclusión de un determinado régimen de seguridad social, por ejemplo el contributivo, de ninguna manera puede significar la exclusión de todo el sistema de seguridad social: proceder en sentido contrario conllevaría la negación misma de este derecho. Finalmente, para la Corte no cabe duda que ante la exclusión de la menor como beneficiaria del régimen contributivo, es necesario encontrar alternativas que aseguren su vinculación dentro del sistema’”*

Resulta conveniente resaltar que este cambio jurisprudencial es propuesto por una sala que está compuesta por Magistrados que ingresaron en el año 2009<sup>108</sup>. Sin embargo, hasta el momento sólo esta sentencia le hace contrapeso a las anteriormente vistas.

La última sentencia con la que se cierra este tema y que corresponde al año 2010 es la T-035-10<sup>109</sup>, que se encuentra dividida en dos expedientes. Ambos tratan el mismo tema, y la Corte pretende

---

<sup>106</sup> MP MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, Sala Segunda.

<sup>107</sup> MP EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Sala Séptima

<sup>108</sup> La Sala Segunda para el año 2009 estaba conformada por los magistrados: María Victoria Calle Correa, ingresó a la Corte Constitucional el mes de abril; Luis Ernesto Vargas Silva, ingresó el mes de marzo de 2009 y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, ingreso a la Corte el mes de febrero.

responder como se debe actuar en caso de que la desafiliación como beneficiaria es provocada por el cónyuge cotizante, mediante una declaración extrajuicio en la cual se manifiesta la separación de bienes y de cuerpos entre los cónyuges.

En estos casos la tutela fue dirigida tanto al cónyuge como a la EPS, por lo que la Corte hace algunas consideraciones sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares. Concluye que es procedente la acción de tutela en aquellas situaciones en las que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación con respecto del particular. También desarrolla el principio de continuidad, reiterando la prohibición a las EPS de interrumpir un tratamiento cuando éste se ha iniciado, agregando a lo expuesto en líneas anteriores lo planteado en la sentencia C-800-03<sup>110</sup>, en el sentido de considerar que la protección del principio de continuidad no se justifica cuando consiste en tratamientos inocuos o con aquellos que no tienen relación con el inicial.

Sobre la desafiliación, la Corte insiste en que las EPS deben aplicar el decreto 1703 de 2002, artículo 11<sup>111</sup> para así garantizar el debido proceso de sus usuarios. En el caso del cónyuge beneficiario, se debe tener en cuenta que el código civil plantea el deber de socorro y de asistencia entre cónyuges (artículo 176). Dentro del deber de asistencia se encuentra el de proveer la salud, la cual no se extingue simplemente por no hacer vida en común, ya que requiere una sentencia judicial o que se pacte un acuerdo entre las partes en el que se disponga que no se van a seguir previendo la asistencia.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Corte concluye como *ratio decidendi* que cuando se trata de la desafiliación entre cónyuges se debe tener en cuenta el debido proceso, la continuidad y verificar si subsiste el deber de alimentos fundado en el principio de reciprocidad<sup>112</sup>

Los principales y más comunes elementos, de las sentencias vistas en esta línea son: el debido proceso, la continuidad en la prestación del servicio y la inaplicación de normas cuando se trata de grupos vulnerables. La anterior lista de conceptos, sirven de fundamento para solucionar el

---

<sup>109</sup> MP JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, Sala Quinta

<sup>110</sup> MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

<sup>111</sup> PROCEDIMIENTO PARA LA DESAFILIACIÓN. Para efectos de la desafiliación, la entidad promotora de salud, EPS, deberá enviar de manera previa a la última dirección del afiliado, con una antelación no menor a un (1) mes, una comunicación por correo certificado en la cual se precisen las razones que motivan la decisión, indicándole la fecha a partir de la cual se hará efectiva la medida. En caso de mora, copia de la comunicación deberá enviarse al empleador o la entidad pagadora de pensiones.

<sup>112</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia: T-035-10

problema jurídico planteado al inicio, ¿Pueden las EPS desafiliar o abstenerse de afiliar a las personas que pertenezcan o quieren pertenecer al sistema como beneficiarios cuando no reúnen los requisitos que les acredite tener dicha calidad?, con la construcción de la siguiente *ratio decidendi*: *no se puede negar la afiliación de una persona que pretenda ingresar al sistema como beneficiaria, ni tampoco desafiliar a quien ostenta dicha calidad, invocando razones no contempladas en el ordenamiento jurídico y sin respetar su derecho al debido proceso. Sin embargo, en aquellos casos en los que se vean involucradas personas sujetas a especial protección constitucional, se debe inaplicar las normas relativas a la afiliación y desafiliación, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, etc. De igual forma se debe actuar cuando la desafiliación del beneficiario signifique la interrupción de la prestación de un servicio. Sin embargo, esta ratio no se aplica a la sentencia T-503-09.*

De esta sentencia podemos concluir que en el año 2007 se continuó con la línea jurisprudencia de años anteriores, planteando la prohibición de las EPS de imponer limitaciones ajenas a las contempladas en la ley para la afiliación de las personas. Por otra parte, resulta importantes la sentencia T-944-07 por dejar planteada la posibilidad de inaplicar las normas en casos excepcionales. Los casos excepcionales fueron desarrollados posteriormente con la sentencias T-1093-07, T-088-08 y T-1054-08.

Igualmente cabe destacar la participación de los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto y Jaime Araujo Rentería, quienes se mostraron más garantistas de los derechos fundamentales de las personas vulnerables, con la inaplicación de normas que les impedía ser beneficiarios del régimen contributivo. Posición contraria a la adoptada por la Sala Segunda, la cual decidió revivir la posición conservadora desarrollada en sentencias del 2001. Haría falta el pronunciamiento posterior de una sentencia hito dominante<sup>113</sup> para definir cual posición adopta la Corte finalmente. Por el momento, en este trabajo se adopta la primera, por ser la más reiterada entre el 2007 y el 2010

Hasta aquí llega el desarrollo de este segundo capítulo en el cual se identificaron, a partir de la lectura de las sentencias de la Corte Constitucional, las barreras que deben afrontar las personas cuando desean afiliarse o permanecer vinculadas al sistema. Igualmente se presentaron, mediante la

---

<sup>113</sup> “La sentencia dominante es aquella que según el analista, contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional”. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Ob. Cit.* p. 165

construcción de *ratios decidendis*, las soluciones que la Corte Constitucional plantea para cada una de ellas, lo cual ratifica que la jurisprudencia de dicha Corporación se ha encargado de rectificar las prácticas que dificultan a las personas el normal acceso al sistema y la subsiguiente prestación de los servicios de salud. Siendo los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto y Jaime Araújo Rentería, quienes más desarrollaron principios constitucionales en beneficio de la protección de los derechos fundamentales de los accionantes.

### LÍMITES A LA AFILIACIÓN DE BENEFICIARIOS

¿Pueden las EPS desafiliar o abstenerse de afiliar a las personas que pertenezcan o quieren pertenecer al sistema como beneficiarios cuando no reúnen los requisitos que les acredite tener dicha calidad?		
<p>Sí, la normatividad vigente es muy clara al establecer límites a la afiliación de beneficiarios con el fin de proteger la sostenibilidad del sistema. Por lo tanto, cuando las EPS verifiquen que una persona no reúne los requisitos para ser beneficiario deben proceder con su desafiliación.</p>	<p>Busca que el compañero (a) permanente de la pareja del mismo sexo sea beneficiario</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• C-075-07 (Salvamento de voto del Magistrado ARAÚJO)</li> <li>• T-585-07 (M.P. PINILLA)</li> <li>• C-811-07 (M.P. MONROY)</li> <li>• T-856-07 (M.P. SIERRA)</li> <li>• T-944-07 (M.P. ESCOBAR)</li> <li>• T-1012-07 (M.P. VARGAS)</li> <li>• T-1093-07 (M.P. SIERRA)</li> <li>• T-088-08 (M.P. ARAÚJO)</li> <li>• T-1054-08 (M.P. ARAÚJO)</li> <li>• T-503-09 (M.P. CALLE)</li> </ul> <p>Reconoce como beneficiarios al compañero (a) permanente del mismo sexo</p> <p>Se inaplican las normas en casos excepcionales</p>	<p>No, las personas que no reúnan los requisitos para ser consideradas como beneficiarias pueden afiliarse puesto que uno de los objetivos y principios del sistema es la universalidad. Lo cual implica el deber de afiliar al sistema a todas las personas, para así garantizar la realización del derecho fundamental a la salud.</p>

	<p>A pesar de ser un caso excepcional la Sala no inaplica la norma</p> <p style="text-align: center;">• T-035-10 (M.P. PALACIO)</p>	
--	---	--

Dentro de la gráfica de los límites a la afiliación de beneficiarios, se presentan las sentencias más relevantes para incluir al compañero(a) permanente del mismo sexo como beneficiario de su pareja cotizante. El salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería en la sentencia C-075-07, la sentencia C-811-07 y la T-856-07, presentan las bases de una línea intermedia, porque reconoce la existencia de reglas legales que limitan la afiliación de los beneficiarios, siendo estas aplicables también a las parejas del mismo sexo.

La línea jurisprudencial no es del todo uniforme, puesto que aún se encuentran posiciones disímiles en las sentencias analizadas. Un sector de la Corte considera oportuno inaplicar las normas que limitan la afiliación de los beneficiarios, cuando se trate de personas sujetas de especial protección constitucional, esta es la posición defendida en las sentencias T-1093-08, T-088-08 y T-1054-08. El otro sector decide aplicar de forma estricta las normas, a pesar de tratarse de personas que merecen especial protección constitucional. Esta es la posición presentada en la sentencia T-503-09.

Por el momento, solo falta la construcción de la *ratio decidendi* global que, como se recordará, es la unión de las distintas *ratios* planteadas en este capítulo, trabajo que se realizará en las conclusiones.

## CONCLUSIONES

Al inicio de este trabajo se planteó como objetivo general mostrar la respuesta de la Corte Constitucional ante la barrera denominada “barrera a la afiliación al sistema de salud en Colombia”. Se dijo que este objetivo se llevaría a cabo mediante el cumplimiento del objetivo específico de identificar las dificultades para afiliarse, a partir de lectura de las sentencias de la Corte Constitucional. En efecto se hizo una lectura de varias sentencias de la Corte y se identificaron tres dificultades principales: la múltiple afiliación, los límites a la libertad de escogencia y los límites a la afiliación de los beneficiarios. De cada uno de estos problemas se realizó una línea jurisprudencias para lograr construir distintas *ratios decidendis* que le dieran solución a cada problema.

Con respecto a la múltiple afiliación, se mencionó en términos generales, que para evitarla se requería de un buen manejo de la información por parte de las entidades encargadas de manejarla, y que en todo caso debía respetarse unos derechos mínimos como el debido proceso, el derecho de defensa, la continuidad en la prestación del servicio y la libertad de escogencia. Sobre los límites a la libertad de escogencia y también a la afiliación de beneficiarios, la Corte insistió en que las entidades encargadas de realizar la afiliación no pueden imponer al ejercicio de ese derecho restricciones distintas a las legales, además justificó la inaplicación de las normas que limitan la afiliación, cuando afecten derechos fundamentales de personas sujetas de especial protección constitucional o se afecta la continuidad en la prestación del servicio.

Cada *ratio* aportaría a la construcción de una *ratio decidendi* global, consistente en la suma de los aspectos comunes de las tres *ratios* y así dar respuesta al problema jurídico formulado al principio, ¿cuál es la solución planteada por la Corte Constitucional ante los problemas que se presentan en la afiliación de las personas al sistema?

Como elementos comunes de las *ratios* construidas de cada línea jurisprudencial planteada se tienen: *el derecho al debido proceso, el derecho de continuidad en la prestación del servicio, el derecho de libertad de escogencia*, sin olvidar también los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional. El cumplimiento de cada uno de estos elementos lleva implícita la realización de principios y derechos de carácter constitucional, como es el caso del debido proceso, que conlleva también la protección del derecho de defensa de los usuarios. Igual pasa con el derecho de continuidad en la prestación de los servicios, que con su protección se contempla el principio de la buena fe, que genera la confianza legítima de no ser privado de un tratamiento iniciado con anterioridad, lo cual involucra la protección del derecho a la salud. Por su parte la

libertad de escogencia, implica desarrollar el principio de dignidad humana en su faceta de autonomía personal la cual consiste en tener la máxima libertad y el mínimo de restricciones, justificando de esta manera la prohibición a las EPS de imponer límites distintos a los consagrados a la ley cuando se ejercite dicha libertad.

Teniendo en cuenta los elementos anteriormente descritos y su importancia, la *ratio decidendi* global construida en este trabajo es la siguiente:

*ante los distintos problemas que se pueden presentar con la afiliación de las personas, los agentes del sistema deben garantizar el debido proceso de sus usuarios, respetando la normatividad que regula el tema, lo que además implica la prohibición de desafiliar de manera unilateral al usuario sin permitirle ejercer el derecho a la defensa, e imponer límites a la libertad de escogencia distintos a los consagrados en la ley. Por otra parte, se debe velar por la continuidad en la prestación del servicio, así esto signifique la inaplicación de normas, la cual se encuentra también justificada cuando las personas afectadas sean sujetos de especial protección constitucional.*

Esta *ratio* es la solución del problema jurídico de este trabajo y recuerda la importancia de la afiliación, puesto que con ella no solo se busca garantizar la protección del derecho fundamental a la salud y el derecho a la seguridad social, sino también materializa la garantía de los derechos mencionados.

Como conclusiones generales de la elaboración de las líneas, se puede mencionar que a pesar de que la afiliación al régimen contributivo y al régimen subsidiado se encuentra regulada en distintas disposiciones, para ambos casos la Corte Constitucional busca proteger los mismos principios y derechos. Por lo tanto, la aplicación de la *ratio decidendi* planteada, no es diferente si se trata de una persona del régimen contributivo o el régimen subsidiado.

Por otra parte, como se recordará, en el primer capítulo se mencionó que una de las facetas de la salud en Colombia era la de ser un servicio público a cargo del Estado y un elemento esencial que debe tenerse en cuenta a la hora de prestarlo es el de la *accesibilidad*, según lo ha determinado el CDESC en su observación general número 14. Sin embargo, con la lectura de las sentencias se evidenció que las entidades encargadas de prestar los servicios de salud han vulnerado dicho elemento cuando se impide el acceso a los servicios de salud con la imposición de límites para la afiliación no contemplados en la ley. Con respecto a la dimensión del acceso de la información, que hace parte del elemento de la *accesibilidad* y hace referencia al habeas data, su vulneración se hace

efectiva por el mal manejo de la información de los usuarios dificultando su afiliación al sistema y a los servicios que éste ofrece.

Asimismo el Estado influye en gran medida en el desconocimiento de este elemento con el incumpliendo de la obligación de *protección*, que le es atribuida en la observación general 14. Como se recordará, esta obligación implica que los Estados adopten medidas para velar por el acceso a la atención de la salud y los servicios proporcionados por terceros. El incumplimiento consiste en no haber realizado las actuaciones necesarias para impedir las prácticas de las EPS que dificultaron la afiliación de las personas.

No obstante, la Corte Constitucional trata de remediar la situación descrita impartiendo órdenes a las distintas entidades privadas y estatales, con el objetivo de armonizar el sentido de las normas y su aplicación de acuerdo a los derechos constitucionales mencionados, justificando incluso la inaplicación de las norma que regulan la afiliación, para así garantizar el acceso al sistema y una adecuada prestación de los servicios de salud.

Ahora bien, una de las sentencias hito más relevantes en la defensa del derecho fundamental a la salud, es la T-760-08, la cual imparte órdenes tales como: unificar el POS de los distintos regímenes, la actualización de los mismos, la implementación de medidas para vigilar y controlar las EPS e IPS que nieguen injustificadamente la prestación de un servicio, entre otras medidas.

Sin embargo, el hecho de ser citada solo para ratificar el carácter fundamental del derecho a la salud en las sentencias estudiadas, puede significar que con anterioridad se ha configurado una línea jurisprudencial clara con respecto al tema de las dificultades en la afiliación, siendo poco el aporte de la T-760-08 para el desarrollo a la solución de dichos problemas. Por otra parte, se puede concluir que los problemas de salud se presentan en ámbitos diferentes: como lo son la prestación de los servicios y la afiliación, siendo en el segundo más relevante la protección de otros derechos fundamentales distintos al derecho a la salud, logrando igualmente la protección de este último. Esto lo demuestran las sentencias T-380-07 y T-1036-07, consideradas en este trabajo como hito consolidadora de línea, por desarrollar la gran mayoría de los derechos mencionados al inicio, sin llegar a hacer mayores reflexiones sobre el derecho fundamental a la salud.

Además, la poca mención a la ley 1122 de 2007 podría llevar a pensar que ésta introdujo pocas modificaciones en la regulación de la afiliación. La norma más citada es el decreto 806 de 1998, que establece reglas que se deben seguir a la hora de desafiliar a las personas. También son citados los decretos 1485 de 1994, 1406 de 1999, y 047 de 2000, que regulan el traslado de las personas

entre EPS. De la Ley 1122 cita el artículo 25, que reitera la importancia del derecho a la libertad de escogencia, consagrado con anterioridad en la Ley 100, y modificando a un año el término de permanencia para realizar el ejercicio del derecho al traslado de EPS, que con anterioridad, en el decreto 047, era de 24 meses.

Aunque, si bien la Ley 1122 no consagra dentro de su articulado mayores consideraciones acerca de la afiliación, esto no implica menospreciar los efectos que pudo haber causado en las prácticas vulneratorias de los derechos de los usuarios, realizadas por los agentes del sistema. Bien podría decirse que la competencia de conocer aquellas controversias generadas por problemas de múltiple afiliación otorgada en la Ley a la Superintendencia de Salud, puede constituir una explicación del por qué en los años 2009 y 2010 fueron pocas las sentencias que abordaron dicho tema, disminuyendo la necesidad de acudir directamente a las acciones de tutela. Sin embargo, para llegar a dichas conclusiones se requiere un estudio que tenga en cuenta fuentes de información distintas a las usadas en este trabajo, evidenciando los límites que ofrece un estudio realizado sólo desde una perspectiva judicial.

Lo anterior de ninguna forma le resta importancia a este trabajo puesto que sirve al área del derecho de la seguridad social para la realización de futuros estudios sobre la afiliación, en la medida en que presenta el hecho de que la Corte Constitucional se ha ido desentendiendo de los temas de afiliación, lo cual requiere una explicación, abordado desde otra perspectiva, sobre las causas que han generado la disminución de sentencias de revisión sobre el tema.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2002

ARBELÁEZ RUDAS, Mónica. *Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Centro de Investigación y Educación Popular - CINEP, 2006.

BARRETO RODRÍGUEZ, José Vicente. *Acción de Tutela: Teoría y Práctica* Tercera Edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 2001.

COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación. *El derecho a la salud: en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección y vigilancia del Estado Colombiano en Materia de Quejas de Salud*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. DeJuSticia; Agència Catalana de Cooperación Desenvolupament, 2008.

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Reforma al Sistema de Salud: Comentarios a la Ley 1122 de 2007*. Bogotá: Editorial Legis, 2007.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La Tutela y el Derecho a la Salud 2006 - 2008*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2009. p. 27. En: [http://www.semana.com/documents/Doc-1959\\_2009924.pdf](http://www.semana.com/documents/Doc-1959_2009924.pdf)

JARAMILLO, Iván. *El futuro de la salud en Colombia: la puesta en marcha de la Ley 100* (3 ed). Bogotá: FESCOL, 1997.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Editorial Legis. Universidad de los Andes, segunda edición, 2006.

MILLÁN MENDOZA, Néstor Hugo. *La acción de tutela en el sector de la salud*. Bogotá: Centro Editorial Catorse, 2003.

RODRÍGUEZ MESA, Rafael. *La Seguridad Social en Colombia Régimen Jurídico*. Bogotá: Legis Editoriales S.A., 1999

## Artículo de Revista

*¿En qué va el sistema de seguridad social en salud colombiano después de quince años de la ley 100 de 1993?* COYUNTURA SOCIAL No. 38 y 39 - Junio/Diciembre 2008 / COYUNTURA SOCIAL

## Recursos Electrónicos

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos. *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*  
<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/> (Consultada el 4 de septiembre de 2010)

Plan Obligatorio de Salud POS. *POS del Régimen Subsidiado*  
<http://www.pos.gov.co/Paginas/possubsidiado.aspx> (consultada el 12 de septiembre de 2010)

CORTE CONSTITUCIONAL  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/providencia.php>

ESCR-Net: *Observación General N° 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)* [http://www.escr-net.org/resources\\_more/resources\\_more\\_show.htm?doc\\_id=428717&parent\\_id=425976](http://www.escr-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428717&parent_id=425976)

LexBase- La Base de la Ley. *Congreso de Colombia Ley 1122 de 2007*  
<http://www.lexbasecolombia.info/lexbase/normas/leyes/2007/11122de2007.htm>

LexBase- La Base de la Ley. *Congreso de Colombia Ley 100 de 1993*  
<http://www.lexbasecolombia.info/lexbase/normas/leyes/1993/10100de1993.htm>

Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública. *Comunicado a la Corte Constitucional de Colombia.*  
<http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadNacionalSaludPublica/Diseno/archivos/home/noticias/100215%20Comunicado%20a%20la%20Corte%20FN%20SP.pdf>