

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Límites a la libre escogencia de entidades que prestan el servicio

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Libre escogencia del sistema que prestará el servicio

La elección de la entidad a la que se confiará el cuidado de la salud, la vida y la integridad, hace parte de esas decisiones personales inalienables que deben ser objeto de protección constitucional. El derecho de toda persona a escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud, también es la forma en que el legislador cumple con el mandato constitucional de crear un sistema de salud eficiente y de calidad. Ahora bien, como cualquier otro derecho que se garantice en un estado social y democrático de derecho, no se trata de una garantía absoluta. La propia legislación establece que toda persona tiene la libertad de escogencia en el Sistema de Salud, siempre y cuando ello “sea posible según las condiciones de oferta de servicios”. Estas condiciones de oferta del servicio se encuentran limitadas en dos sentidos, en términos normativos por la regulación aplicable y en términos prácticos por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes.

ENFERMO DE SIDA-Trato especial

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Límites a la libre escogencia por personas sometidas a procedimientos de alto costo

Para las personas que están sometidas a procedimientos del alto costo sujetos a períodos mínimos de cotización, se impone un límite al derecho a la libre escogencia superior al que tienen las demás personas, en razón a la necesidad de garantizar el servicio médico a estas personas sin afectar la sostenibilidad del Sistema. Los altos costos que suponen ciertos tratamientos implican tomar medidas que permitan distribuir equitativamente las cargas al interior del sistema de salud. La primera de estas medidas consiste en obligar a la persona a permanecer en la entidad en que se encuentra hasta dos años después de concluido el tratamiento. No obstante, en este caso también se contempla como excepción a la regla los casos de “mala prestación del servicio”, es decir, casos en los que permanecer en la misma EPS afecta el derecho a la salud de la persona.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Mala prestación o suspensión del servicio permiten a usuarios con tratamientos de alto costo cambiar de EPS o ARS

Si bien es razonable la restricción a la libertad de escogencia de las personas a las que se les adelanten tratamientos de alto costo, ésta deja de serlo cuando se le impide a una persona salir de una entidad que le presta mal el tratamiento requerido, no le suministra los medicamentos, o lo hace a destiempo. La calidad y eficiencia en la prestación del servicio médico a una persona con VIH-SIDA es determinante para impedir el deterioro de su salud, además de los sobrecostos e ineficiencia en el manejo de los recursos que implica dejar que la salud de un paciente empeore y tener que asumir tratamientos más costosos. Así pues, la limitación contemplada al derecho a trasladarse de entidad es inaplicable, entre otras razones, por que no se está recibiendo el servicio de salud requerido, o por ser éste de mala calidad.

DERECHO A LA SALUD Y VIDA DE ENFERMO DE SIDA-Traslado de EPS por mala prestación del servicio

DERECHO A LA SALUD Y VIDA-Vulneración por impedir a usuario traslado de EPS

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Regulación legal para impedir concentración de pacientes con tratamientos de alto costo en algunas EPS o ARS

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Entidades que prestan mal servicio deben cofinanciar el tratamiento de sus afiliados que se trasladen a otra EPS o ARS

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Entidad que prestó mal servicio a enfermo de sida deberá cofinanciar el tratamiento por un año

El hecho de que un paciente con VIH/SIDA sólo pudiera trasladarse cuando está recibiendo un mal servicio, conllevaba para las entidades cumplidas una carga económica y para las entidades incumplidas un alivio. Actualmente, además de las sanciones a que hay lugar, en especial por tratarse de pacientes con VIH-SIDA, la entidad en la que se encontraba el paciente deberá cofinanciar el tratamiento durante un año.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Relevancia de medidas adoptadas por ente regulador para garantizar su goce efectivo

Referencia: expediente T-782691

Acción de tutela instaurada por Florentino Guillermo Sáenz Cepeda contra Sanitas EPS.

Temas:

- Derecho a la libre escogencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud
- Tratamiento de alto costo (VIH-SIDA)

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., quince (15) de enero de dos mil cuatro (2004).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por Aníbal Barrios Reales contra el Instituto de Medicina Legal, y la Caja de Previsión de Comunicaciones CAPRECOM.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Florentino Guillermo Sáenz Cepeda presentó el 23 de julio de 2003 acción de tutela contra Sanitas EPS, por cuanto esta entidad se negó a admitir su traslado de Cajanal EPS. El accionante considera que la entidad acusada vulnera sus derechos a la vida y a la salud con esta decisión que él califica como “discriminación”. Los hechos que sirven de fundamento al amparo solicitado fueron los siguientes:

1.1. Florentino Guillermo Sáenz Cepeda, actualmente pensionado, se encuentra afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) desde el 12 de mayo de 1971, en calidad de

cotizante.

1.2. En su demanda sostiene: “Estoy diagnosticado desde hace 10 años aproximadamente como persona que convivo con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) agente causal del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).”

1.3. Ante el incumplimiento en la prestación de los servicios de salud por parte de Cajanal, el 20 de mayo de 2002 el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá resolvió tutelar el derecho a la seguridad social, en conexidad con los derechos a la vida y la salud, del señor Sáenz Cepeda. En consecuencia, se ordenó a Cajanal EPS que de manera inmediata le suministrara al accionante los tratamientos, actividades, procedimientos, intervenciones, exámenes y medicamentos, así como la práctica del examen de laboratorio denominado CD3 que le demanda el virus del VIH-SIDA del que es portador y de acuerdo a las prescripciones del médico tratante.

1.4. El señor Sáenz Cepeda considera que “(d)ada la crisis que está viviendo Cajanal EPS hace que la atención no sea eficiente y oportuna como se desea y obliga a los usuarios a buscar otras opciones.”¹ Concretamente, en declaración rendida ante el juzgado de instancia que decidió la presente acción de tutela, señaló que su petición de traslado se funda en la demora en la prestación de los servicios, “(...) especialmente en el suministro de medicamentos, exámenes de laboratorios e interconsultas; por ejemplo, el año pasado duré seis meses sin el suministro de la droga, eso me produjo una pulmonía, pese a todos los cuidados que yo tengo, (...) yo quiero decir que entre el año 93 y el 2000, el servicio fue excelente, pero del 2000 para acá el servicio es malo (...) la caja ya tocó fondo, tanto así que como es de conocimiento público el gobierno en la reestructuración del estado ha pensado en liquidarla (...)”². Por esta razón solicitó su traslado de Cajanal EPS a Sanitas EPS.

1.5. El accionante sostiene: “Sanitas EPS se negó a recibir mi afiliación, argumentando que Cajanal nos debía seguir atendiendo porque el Decreto 1485 (manifestaron desconocer la fecha) está vigente y que además el Acuerdo 245 no ha sido reglamentado, en el sentido de fijar qué número de pacientes les corresponderían a cada EPS.”

1.6. El 9 de junio de 2003 el accionante expuso su caso ante la Superintendencia Nacional de Salud y le pidió que le “reconociera el derecho a elegir la EPS a la cual (se) quiere trasladar, como lo establece el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 245 del CNSSS.”

1.7. El 19 de junio de 2003, el Director General de Inspección y Vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud indicó que la movilidad de los afiliados “(...) se encuentra regulada por normas reglamentarias que son de carácter público y por ello de obligatorio cumplimiento. En consecuencia, la persona que desee trasladarse de una Entidad de Aseguramiento en salud a otra, debe cumplir con dichas normas en cuanto a requisitos y trámites. La Superintendencia Nacional de Salud no es un organismo de administración que pueda autorizar traslados, sino una entidad de control y vigilancia de las normas que amparan dicho sistema. El trámite de los traslados corresponde adelantarlos a las respectivas entidades de aseguramiento en salud y solamente si dichas entidades omiten cumplir las normas sobre movilidad de afiliados, la Superintendencia Nacional de Salud entra a ejercer sus competencias de control y vigilancia.” Le advirtió que “para que Sanitas EPS acepte su traslado, deberá demostrar que hace dos años culminó su tratamiento, o que Cajanal EPS, no le viene garantizando los servicios de salud, para lo cual deberá informar a esta Superintendencia qué servicios exactamente le han sido negados y qué medicamentos, señalando fechas, oficinas o farmacias y toda la información que usted pueda aportar para solicitar las explicaciones a Cajanal EPS e iniciar la investigación correspondiente a fin de determinar si efectivamente hay mala prestación del servicio.”

La respuesta de la Superintendencia se fundó en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, según el cual “(u)na 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.” La Superintendencia señaló además lo siguiente: “En reciente fallo del Consejo de Estado, señala que en criterio de la Sala, el numeral 9° del artículo 15 del Decreto 1485 de 1999 (sic) que se acusa, continúa vigente y no vulnera las disposiciones a que alude en la demanda.”

1.8. Posteriormente, el 2 de julio, el accionante solicitó a la Superintendencia Nacional de Salud, “como organismo de control, su valiosa intervención para que Sanitas EPS me admita” como afiliado. El 15 de julio de 2003, la el Director General de Inspección y Vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud reiteró la respuesta que había enviado el 19 de junio anterior.

2. Demanda y solicitud

Florentino Guillermo Sáenz Cepeda considera que la entidad demandada ha violado sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. El accionante considera que se le está desconociendo su derecho a un adecuado nivel de vida consagrado en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al habersele negado el traslado a Sanitas EPS, pues esa decisión ha afectado “su salud y bienestar”. Considera también que se desconoce su derecho a la vida en conexión con la salud y la seguridad social.³ Alega que de “(...) conformidad al principio de la libre escogencia de la EPS consagrado en el artículo 153 de la Ley 100 como garantía y derecho de los afiliados, cualquier mecanismo dirigido a restringir el derecho a la libre escogencia de la EPS,” por eso considera que Sanitas EPS lo discrimina al negarse a aceptar su traslado en razón a que tiene VIH-SIDA.

En consecuencia, solicita que se ordene al director de Sanitas EPS, o a quien corresponda, que lo admita en esa EPS y que se encargue de la administración y la prestación de los servicios de salud que él requiera, indicando específicamente que la atención se preste conforme a lo dispuesto en el Decreto 1543 de 1997 reglamentario de VIH-SIDA, es decir en forma permanente y oportuna. Además, solicita prevenir al director de Sanitas EPS o a quien corresponda que en el futuro no vuelva a negarle el ingreso y el traslado de la EPS Cajanal a Sanitas EPS.

3. Participación de Sanitas EPS y Cajanal EPS dentro del proceso

Sanitas EPS alega que la presente acción de tutela es improcedente en tanto que sus derechos no han sido violados; adicionalmente se advierte que no es la tutela el mecanismo idóneo para solucionar inconformidades de los afiliados.

3.2. Por su parte, Cajanal EPS, representada por la Coordinadora del Grupo de Afiliaciones y Novedades de la entidad, se limitó a indicar que en efecto Florentino Guillermo Sáenz Cepeda es un afiliado activo de Cajanal EPS y a señalar que de acuerdo con el artículo 45 del Decreto 806 de 1998 “la afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud en los regímenes contributivo y subsidiado es libre y voluntaria por parte del afiliado.”

4. Sentencia objeto de revisión

El Juzgado 76 Penal Municipal de Bogotá, D. C., resolvió declarar improcedente la acción de tutela de Florentino Guillermo Sáenz Cepeda en contra de Sanitas EPS.

El juzgado de instancia consideró que la aplicación de la “(...) normatividad vigente y que regula el traslado de las personas de una Entidad de salud a otra, en momento alguno constituye violación de derecho fundamental alguno.” Adicionalmente indicó que “la EPS accionada no tiene relación alguna con éste, ya que no está afiliado a la misma, y por ende no existiría responsabilidad alguna en ella, para prestarle atención médica alguna, siendo que esto le corresponde es a la EPS Cajanal, entidad a la que se encuentra cotizando y a quien mediante fallo de tutela, se le ordenó prestar de manera inmediata la atención requerida, al igual que se le ordenó el suministro de todo el tratamiento, actividades, procedimientos, intervenciones, exámenes y medicamentos, que le demande al accionante el virus del VIH-SIDA, del cual es portador, de acuerdo a las prescripciones del médico tratante.” Por último, sostiene que el procedimiento adecuado que debe adelantar el accionante para tramitar su solicitud fue indicado por la Superintendencia Nacional de Salud.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Problema jurídico

1.1. El señor Florentino Guillermo Sáenz Cepeda, portador de VIH-SIDA, solicitó a Sanitas EPS que aceptara su traslado desde Cajanal EPS, entidad en la que se encuentra actualmente inscrito y que, según él, le ha prestado un servicio médico deficiente. Él señor Sáenz Cepeda presentó su solicitud luego de haber tenido que recurrir a la acción de tutela para que un Juez de la República ordenar a Cajanal EPS respetar sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social, y de insistir en que la entidad aún no le presta un servicio médico de calidad, permanente y oportuno.

La solicitud fue rechazada por Sanitas EPS fundándose en el numeral 9 del Decreto 1485 de 1994 según el cual “los afiliados que hagan uso de los servicios de alto costo, sujetos a

períodos mínimos de cotización” —como lo es el caso de personas con VIH-SIDA—, deben permanecer en la entidad en la cual se encuentren inscritos, salvo en dos supuestos, a saber, (1) que hayan transcurrido dos años después de culminado el tratamiento en la respectiva Entidad Promotora de Salud, o (2) en caso de “mala prestación del servicio”. Según Sanitas EPS es evidente que el tratamiento no ha culminado, por cuanto no procede la primera hipótesis, y en cuanto a la segunda, considera que sólo se podrá saber si procede o no hasta tanto se encuentre debidamente alegada, probada y demostrada. La posición de Sanitas EPS fue respaldada por la Superintendencia Nacional en Salud quien reiteró tales argumentos en abstracto, esto es, sin entrar a considerar el caso específico.

1.2. Debe entonces resolverse el siguiente problema jurídico: ¿Una entidad promotora del servicio de salud discrimina por selección adversa a una persona portadora de VIH-SIDA que requiere “servicios médicos sujetos a períodos mínimos de cotización”, al negarse a recibirla en virtud de la aplicación de normas reglamentarias que le impiden su traslado, pese a que dichas normas prevén la salvedad de mala prestación del servicio y a que la entidad a la que tal persona se encuentra vinculada, fue condenada mediante fallo de tutela por haberse negado a prestarle adecuadamente el servicio de salud?

Para responder esta cuestión, en primer lugar, se indicará brevemente en qué consiste y cuál es el alcance que tiene, en el contexto normativo actual, el derecho de toda persona a la libre escogencia de la entidad que deberá garantizarle el servicio de salud. Posteriormente, se indicará la protección especial que se concede a las personas enfermas de VIH-SIDA y se analizará la norma reglamentaria en virtud de la cual Satinas EPS resolvió negar la solicitud de traslado al accionante. Finalmente, la Sala dará respuesta al problema jurídico planteado e indicará si en el caso bajo revisión la entidad demandada incurrió o no en una violación del derecho fundamental a la igualdad, y en consecuencia de los derechos a la vida y a la salud, del accionante.

2. El derecho a la libre escogencia de la entidad que presta el servicio de salud

2.1. El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia “garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.” En tal sentido señala que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios a cargo del Estado, por lo que le corresponde a éste “organizar, dirigir y reglamentar” su prestación, conforme a

los principios de “eficiencia, universalidad, y solidaridad.” En esta misma disposición la Constitución Política ordena al Estado “establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control”, así como “las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.” La Constitución ordena que los servicios de salud se organicen “de forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.”

En desarrollo del mandato Constitucional, el Legislador fijó por objeto del Sistema de Seguridad Social Integral, “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante las contingencias que la afecten.”⁴ En este sentido, indicó que, específicamente, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objetivos “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.”⁵

2.2. Así pues, el constituyente previó la creación de un sistema de salud a cargo del Estado, en el cual concurrieran para su prestación tanto entidades de orden privado como público, asegurando siempre la participación de la comunidad en la prestación del servicio. En un estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana, en ejercicio de la libertad y la autonomía, toda persona tiene el derecho a tomar aquellas decisiones determinantes para su vida.⁶ En tal contexto, la elección de la entidad a la que se confiará el cuidado de la salud, la vida y la integridad, hace parte de esas decisiones personales inalienables que deben ser objeto de protección constitucional. En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia ha garantizado el derecho a la libre elección de una ARS a una comunidad indígena cuando se contraria su voluntad expresa,⁷ y se ha condicionado la interpretación de normas legales que restringían irrazonablemente a algunas entidades encargadas de administrar los servicios de salud la posibilidad de ofrecer su servicios.⁸ Debe entonces reconocerse a las personas, dentro de los límites normativos que en desarrollo de sus competencias fijen el Legislador y los entes reguladores, la libertad para decidir cuál es la entidad a la que confiarán el cuidado de la salud propia y la de aquellas personas que se encuentren a su cargo, como sus hijos, por ejemplo.

2.3. En desarrollo de los postulados constitucionales la Ley 100 de 1993 introdujo como

“regla del servicio público de salud, rectora del Sistema General de Seguridad social en Salud”, entre otras la libre escogencia. Dice la norma,

“Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.”⁹

2.4. El derecho de toda persona a escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud, también es la forma en que el legislador cumple con el mandato constitucional de crear un sistema de salud eficiente y de calidad. En el contexto de un Sistema de Salud basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen sus servicios, tal como lo es el sistema consagrado en la Ley 100 de 1993, reconocer en cabeza de todas las personas la libertad de elegir a qué entidad afiliarse es una forma de garantizar su dignidad (en el sentido de autonomía) y de asegurar que los dineros y demás recursos con que cuente el sistema, se destinarán a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de salud.

2.5. La importancia de esta libertad para el sistema de salud desarrollado por el Legislador, se evidencia en las disposiciones legales orientadas a asegurar la libertad de elección. En el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, por ejemplo, se establecen entre las garantías de los afiliados, (a) “la libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley” y (b) “la escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.” La propia norma en la que se consagra el principio de libre escogencia contempla las sanciones del artículo 230 de la Ley 100 de 1993 como consecuencia jurídica del incumplimiento.¹⁰

2.6. Ahora bien, como cualquier otro derecho que se garantice en un estado social y

democrático de derecho, no se trata de una garantía absoluta. La propia legislación establece que toda persona tiene la libertad de escogencia en el Sistema de Salud, siempre y cuando ello “sea posible según las condiciones de oferta de servicios”. Estas condiciones de oferta del servicio se encuentran limitadas en dos sentidos, en términos normativos por la regulación aplicable y en términos prácticos por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes.

3. Protección especial a las personas con VIH-SIDA

3.1. La protección de los enfermos que tienen un delicado estado de salud y deben someterse a tratamientos que en razón a su costo requieren períodos mínimos de cotización, como es el caso de los pacientes de VIH-SIDA, encuentra sustento en el principio constitucional de solidaridad (art.1,CP), desarrollado por la Ley 100 de 1993 como uno de los principios rectores del Sistema de Seguridad Social. Dice la Ley que la solidaridad consiste en “la práctica de ayuda mutua entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.”¹¹ De forma similar, la protección especial a este grupo de personas también encuentra sustento en el principio constitucional de igualdad, según el cual “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” (artículo 13, CP) señalando específicamente que “sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” Por su parte, la Ley 100 de 1993 establece la equidad como uno de los principios rectores del servicio público de salud, indicando que “para evitar la discriminación por capacidad de pago o por riesgo, el sistema ofrecerá el financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable así como mecanismos para evitar la selección adversa”.¹²

3.2. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las personas enfermas de VIH-SIDA son sujetos de protección especial; por ejemplo, en la sentencia T-185 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) se le ordenó a la entidad territorial demandada que se realizara la encuesta del SISBEN a una persona con SIDA, para que fuera incluido en el régimen subsidiado. Dijo la Sala en aquella ocasión,

“Por otra parte, es necesario tener presente que, en relación con los enfermos de SIDA, se les ha reconocido un trato especial (al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias

T-484, T-503, T-505 de 1992, y T-271 de 1995), debido a la gravedad de la enfermedad, a la capacidad expansiva de la misma, que ha ido aumentando vertiginosamente en los últimos años, y el peligro que implica para la humanidad. Todo ello, indiscutiblemente, debe propiciar que, en casos concretos, y sobre la base de que estén afectados – como en esta oportunidad – los derechos básicos de la persona, los jueces apliquen postulados plasmados en la Carta Política de 1991, entre ellos los de la obligación estatal de preservar la salubridad pública, la solidaridad, la igualdad y el Estado Social de Derecho.”

4. El derecho a la libre escogencia en el sistema de salud de las personas que han usado servicios médicos de alto costo, sujetos a períodos mínimos de cotización

4.1. En el presente caso, Sanitas EPS considera que su decisión de no aceptar el traslado de Florentino Guillermo Sáenz Cepeda encuentra sustento normativo en una disposición reglamentaria, a saber, el numeral 9° del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 (por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al Usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud). Dice la norma en cuestión,

Artículo 14. Régimen general de la libre escogencia. El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas:

(...)

9. Permanencia para atención de servicios sujetos a períodos mínimos de cotización. 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.

Para las personas que están sometidas a procedimientos del alto costo sujetos a períodos mínimos de cotización, se impone un límite al derecho a la libre escogencia superior al que tienen las demás personas, en razón a la necesidad de garantizar el servicio médico a estas personas sin afectar la sostenibilidad del Sistema.¹³ Los altos costos que suponen ciertos tratamientos implican tomar medidas que permitan distribuir equitativamente las cargas al

interior del sistema de salud. La primera de estas medidas consiste en obligar a la persona a permanecer en la entidad en que se encuentra hasta dos años después de concluido el tratamiento. No obstante, en este caso también se contempla como excepción a la regla los casos de “mala prestación del servicio”, es decir, casos en los que permanecer en la misma EPS afecta el derecho a la salud de la persona.

En conclusión, para el Consejo de Estado, es razonable la distinción que introduce el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 en el trato de los pacientes adscritos al sistema de salud (permitir la movilidad a unos cuando cumplan doce meses de antigüedad, y a los otros sólo dos años después de que finalice el tratamiento de alto costo al que estaban sometidos). El Consejo consideró que la diferencia de trato (1) no se funda en un criterio sospechoso (el costo que implica la atención de la enfermedad para la EPS), (2) propende por un fin imperioso (la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud), (3) es un medio que no está prohibido (fijar las condiciones para el ejercicio de un derecho legal, en este caso el de libre escogencia) y (4) es un medio adecuado (restringir la movilidad de las pacientes con tratamientos de alto costo) para alcanzar el fin propuesto (la sostenibilidad del Sistema), al asegurar que los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo no se van a concentrar en unas pocas EPS o ARS.

Esta regla sería desproporcionada si se obligara a una persona a permanecer en una entidad que dejó de garantizarle el tratamiento que requiere, o dejó de garantizarlo adecuadamente. Si ello ocurriera no se estaría limitando a la persona su derecho a escoger libremente cuál quiere que sea su EPS o su ARS en pro de la eficiencia y sostenibilidad del Sistema, se estaría sacrificando su salud y muy probablemente su vida. Como la norma en cuestión del Decreto 1485 de 1994 contempla expresamente este caso como una excepción para la limitación a la libertad de escogencia, el Consejo de Estado la encontró ajustada a la Constitución Política.

4.3. Por lo tanto, si bien es razonable la restricción a la libertad de escogencia de las personas a las que se les adelanten tratamientos de alto costo, ésta deja de serlo cuando se le impide a una persona salir de una entidad que le presta mal el tratamiento requerido, no le suministra los medicamentos, o lo hace a destiempo. La calidad y eficiencia en la prestación del servicio médico a una persona con VIH-SIDA es determinante para impedir el deterioro de su salud, además de los sobre costos e ineficiencia en el manejo de los recursos que implica dejar que la salud de un paciente empeore y tener que asumir tratamientos más costosos.

Así pues, la limitación contemplada al derecho a trasladarse de entidad es inaplicable, entre otras razones, por que no se está recibiendo el servicio de salud requerido, o por ser éste de mala calidad.

5. Una entidad que presta el servicio de salud discrimina por selección adversa a una persona con VIH-SIDA, cuando le niega su traslado a pesar de que se encuentre vinculada a una entidad que fue condenada mediante fallo de tutela por desconocer sus derechos fundamentales

5.1. De acuerdo con las consideraciones precedentes, es claro para esta Sala de Revisión que a partir del 20 de mayo de 2002, momento en que el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá consideró mediante sentencia que Cajanal EPS había violado los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad de Florentino Guillermo Sáenz Cepeda, se verificó el supuesto fáctico previsto por el numeral 9° del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, según el cual cuando se atiendan “procedimientos de alto costo sujetos a períodos mínimos de cotización” la persona deberá permanecer en la entidad de la que es afiliado o beneficiario “salvo mala prestación del servicio”.

Para la Sala, en este caso se comprobó el deficiente servicio prestado al accionante. En efecto el Juzgado Quince Penal de Circuito de Bogotá consideró que

“(…) la situación reseñada impone la protección que reclama el accionante, pues se trata de un caso de extrema necesidad, toda vez que la negativa del suministro de los medicamentos –Stavudine, Efavirenz, Ritonavir e Idinavir-, así como la no oportuna práctica del examen de laboratorio denominado CD3, no solo atenta contra el derecho a la seguridad social, sino que además amenaza de manera evidente el derecho a la salud conexo a la vida, dado el estado de indefensión y manifiesta debilidad del actor en virtud de la grave enfermedad de índole terminal que lo aqueja.

(…)

Así las cosas, se tutelaré al señor Florentino Guillermo Sáenz Cepeda, los derechos de la seguridad social en conexidad con la salud y la vida, ordenando a la EPS Cajanal, que de manera inmediata le brinde la totalidad de los tratamientos, actividades, procedimientos, intervenciones, exámenes y medicamento, antes descritos, requeridos por el virus VIH-SIDA

que lo aqueja y de acuerdo con las prescripciones del médico tratante, sin interesar que los mismos sean o no aprobado.”

Así pues, no debía Sanitas EPS negar el traslado al señor Sáenz Cepeda. Haberlo hecho, constituye un trato discriminatorio por selección adversa.

No es necesario, como lo reclama Sanitas EPS, que el accionante demuestre nuevamente que Cajanal EPS le ha garantizado inadecuadamente un tratamiento. La exigencia de informar a la Superintendencia Nacional en Salud del caso específico, exponiendo claramente los servicios y medicamentos que le han sido negados, las fechas, las dependencias involucradas y demás datos que ameriten estudio por parte del ente de control, son medidas que si bien pueden ser razonables, devienen innecesarias cuando en el marco de un proceso por acción de tutela un juez de la República verificó la “mala prestación del servicio.” Dadas las pruebas aportadas al proceso de acción de tutela antes mencionado y a la decisión allí adoptada, es a Cajanal EPS a quien corresponde demostrar que ahora sí está atendiendo de forma adecuada y oportuna al señor Sáenz Cepeda.

5.2. El derecho a la libertad de escogencia de la entidad encargada de garantizar el servicio de salud de las personas sometidas a tratamientos de alto costo ha sido razonablemente limitado por las normas reglamentarias, puesto que sí se reconoce a estas personas la posibilidad de que lo ejerzan en aquellos casos en que se vean comprometidos sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad o a la salud, por mala prestación del servicio. Cuando una entidad como Sanitas EPS se niega a recibir por traslado a una persona sometida a tratamientos de alto costo, a pesar de que en un reciente proceso judicial se haya demostrado la mala calidad del servicio que se le ha brindado, viola su derecho a la salud, pone en riesgo sus derechos a la vida y a la integridad y lo somete a un trato discriminatorio por selección adversa.

5.3. En consecuencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional revocará el fallo de instancia, concederá la tutela y ordenará Sanitas EPS recibir al señor Florentino Guillermo Sáenz Cepeda, si éste es aún su deseo.

5.4. No obstante, reconocer al accionante el derecho a escoger libremente la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliado por mala prestación del servicio, supone un costo para el equilibrio del sistema. A pesar de que Cajanal EPS ha debido financiar el

tratamiento del accionante, debido a que recibió a lo largo de los años los aportes que éste realizó, es a Sanitas EPS ahora a quien le corresponderá asumir el tratamiento. Por lo tanto, la orden que se imparta en el presente caso, no puede consistir, únicamente, en imponer una carga económica para una entidad debido a que garantiza bien el servicio, con una correspondiente descarga económica para otra entidad, debido a que no garantiza un buen servicio. Una orden de este estilo genera un efecto perverso: premiar a las entidades que no garantizan los derechos a los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo y castigar a las entidades que sí lo hacen adecuada.

A continuación, la Sala de Revisión establecerá cuál ha sido la política adoptada por el Gobierno para resolver el problema de desequilibrio existente en la distribución de los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo, entre las entidades que prestan el servicio de salud, con el fin de adoptar todas las medidas que sean necesarias en el presente caso para tutelar los derechos del accionante sin que se propicie un impacto negativo en el sistema de salud. No hacerlo, iría en desmedro del goce efectivo de este derecho en el mediano plazo para todos los afiliados al Sistema.

6. Política para evitar el impacto sobre la eficiencia y sostenibilidad del Sistema de Salud que implica que se concentren en algunas entidades del Sistema los pacientes con tratamientos de alto costo

6.2. Los entes reguladores han expedido normas con un doble propósito; por una parte, asegurar que los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo reciban una atención médica de calidad, permanente y oportuna, y por otra, asegurar que los costos de dichos tratamientos se distribuyan razonable y equitativamente entre las diferentes entidades garantes de la prestación del servicio (EPS – ARS).

6.2.1. Como se dijo, la primera medida fue introducida mediante el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994. Se limitó la libertad de escogencia de los pacientes en cuestión a dos supuestos, (1) que hayan transcurrido dos años después de culminado el tratamiento, o (2) que la entidad a la que se encuentre inscrito le haya prestado un mal servicio. Es decir, la norma obliga a los pacientes que requieren tratamientos de alto costo a permanecer en la entidad en la que se encuentren, con dos salvedades, que se afecten los derechos del paciente en virtud a un mal servicio, o que se haya recompuesto el equilibrio del Sistema al

haber recibido la entidad promotora, durante un tiempo, los aportes del Sistema a título del paciente una vez terminado el tratamiento (dos años después de culminado).

6.2.2. Luego de varios años (en 2001) y ante la evidencia de que la restricción impuesta por el Decreto 1485 de 1994 era una herramienta insuficiente para controlar la concentración de los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) adoptó una nueva medida para solucionar el problema. Modificó el cálculo según el cual se establece el monto de dinero que debe entregar el administrador de los recursos del Sistema a las EPS y ARS, a título de cada una de las personas afiliadas, de tal forma que se tenga en cuenta “la desviación del perfil epidemiológico”. Esta segunda medida apuntó a la solución de los efectos inmediatos del problema, pues no pretende redistribuir los costos “altos” dentro del Sistema, sino reconocer la inequidad existente actualmente y tenerla en cuenta como un criterio para la distribución de los recursos (Acuerdos 217 y 227 de 2001 y 2002, respectivamente, del CNSSS).¹⁸

6.2.3. La segunda medida también fue insuficiente. En abril de 2003, el CNSSS reconoció explícitamente que el problema de distribución inequitativa de costos sí existe con relación a los pacientes de VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica (IRC), pero que la redistribución de costos contemplada en sus Acuerdos 217 y 227 no se pudo llevar a cabo por dificultades de índole operativo. Por lo tanto, consideró necesario “establecer una política de alto costo, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, que permita corregir la concentración de costos por tratamientos para las patologías mencionadas y prevenir el desequilibrio financiero mencionado”. Para el CNSSS las políticas anteriores no sólo fallaron porque no lograron su cometido, sino porque no apuntaban al verdadero problema. Mientras que todas asumían como dados “los tratamientos de alto costo” y tan sólo pretendían distribuir los costos que de ellos se derivaban entre las diferentes entidades del Sistema, las nuevas políticas deben estar encaminadas a prevenir la enfermedad misma, esto es, a evitar los casos de tratamientos de alto costo.

El CNSSS expidió el Acuerdo 245 de 2003, “por el cual se establece la política de atención integral de patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS”, siguiendo las recomendaciones de la Dirección General de Aseguramiento del entonces Ministerio de Salud (hoy de la Protección Social), según las cuales las acciones deben encaminarse a prevenir los casos de tratamientos de alto costo y no a redistribuir los

mismos. Así, el Acuerdo introdujo diversas medidas haciendo énfasis en la promoción, la prevención y el control de calidad en la atención. A corto plazo, entre otras herramientas, se dispuso un proceso excepcional de distribución de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica (IRC)¹⁹ y se introdujo una regla compensatoria entre entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio. Esta regla, contemplada en el artículo 4° del Acuerdo 245, estableció para los casos de traslados de los afiliados con VIH/SIDA y/o IRC que se efectúen de manera regular,²⁰ como medida para evitar la selección de riesgo, un mecanismo de cofinanciación del costo de la atención. Según éste, la EPS o ARS que atienda por VIH/SIDA y/o Insuficiencia Renal Crónica un paciente trasladado de otra EPS o ARS, “tendrá derecho durante el año siguiente, a exigir el reconocimiento y pago de la EPS o la ARS de la cual se traslada, una proporción del costo de la atención”.

Así pues, en el contexto normativo actual se busca corregir el problema de incentivos perversos a los que antes se hizo referencia. Como se dijo, el hecho de que un paciente con VIH/SIDA sólo pudiera trasladarse cuando está recibiendo un mal servicio, conllevaba para las entidades cumplidas una carga económica y para las entidades incumplidas un alivio. Actualmente, además de las sanciones a que hay lugar, en especial por tratarse de pacientes con VIH-SIDA, la entidad en la que se encontraba el paciente deberá cofinanciar el tratamiento durante un año.

7. Relevancia de las medidas adoptadas por el ente regulador con el objeto de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales.

7.1. Como ya lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud depende, entre otros factores, de la existencia de un marco normativo adecuado del sistema de seguridad social en salud. Es decir, para poder garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, el Estado debe expedir las reglas necesarias e idóneas para organizar el Sistema. Carecer de ellas o tener unas inadecuadas puede ser tan grave como carecer de recursos para atender a los pacientes.

7.2. En esta medida, siempre y cuando el caso así lo haya demandado, la Corte Constitucional ha señalado los vacíos existentes en la regulación del sistema de salud y ha exhortado a los órganos competentes para que cumplan su función. La Corte ha reconocido una importancia a la regulación tal, que en aquellos casos en los que el goce efectivo del

derecho fundamental dependía de la existencia de una regla, la Corte la fijó en el caso concreto.²¹

7.3. De la misma forma, cuando los órganos reguladores han cumplido cabalmente con sus funciones, adoptando normas reglamentarias que contemplan soluciones para los diferentes problemas que se presentan con ocasión de la prestación del servicio de salud, el juez de tutela puede seguir la regulación, siempre que no sea claramente inadecuada para garantizar el goce efectivo del derecho constitucional invocado.

Las normas diseñadas por los órganos reguladores para corregir los efectos perversos que genera la concentración de los costos de los tratamientos de valor elevado en unas pocas EPS y ARS, son necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas que padecen estas enfermedades. Un manejo inadecuado de los recursos existentes para atender estas enfermedades puede implicar la imposibilidad de recibir un servicio de calidad, o incluso, de recibir el servicio mismo.

7.4. En el presente caso, la Sala de Revisión ordenará a Sanitas EPS que acepte la solicitud de traslado del accionante, en el caso de que éste decida reiterarla. Esta medida, sin más, conllevaría una carga elevada para Sanitas EPS, sobre todo si se tiene en cuenta que la razón que justificó el traslado es el mal servicio que le brindó Cajanal EPS. Por tanto, se aplicará la regulación que, siendo respetuosa de los derechos de las personas, está orientada a asegurar la eficiencia y la sostenibilidad del Sistema, y a aliviar la elevada carga que corresponde a la nueva EPS que afilie al accionante.

Así pues, en el presente fallo la Sala de Revisión dispondrá que Sanitas EPS puede recuperar de Cajanal EPS el monto que corresponda, a título de cofinanciación del tratamiento de Florentino Guillermo Sáenz Cepeda, de acuerdo a lo establecido por el Acuerdo 245 de 2003. De la misma forma, se ordenará al Ministerio de la Protección Social que indique a Sanitas EPS, específicamente, el porcentaje del costo del tratamiento que debe asumir Cajanal EPS, así como el procedimiento a seguir para el cobro, si no lo ha hecho de manera general.

III. DECISIÓN

En conclusión, en virtud de los derechos a la igualdad, a la vida y a la salud, una persona con VIH-SIDA tiene derecho a que una EPS o ARS acepte su solicitud de traslado, cuando el motivo del mismo es que la entidad en la que se encuentra afiliado le presta un mal servicio médico. La EPS o ARS que lo reciba podrá aplicar las regulaciones vigentes para obtener la cofinanciación del tratamiento de alto costo.

Por lo tanto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- Revocar el fallo proferido por Juzgado Setenta y Seis Penal Municipal de Bogotá el 5 de agosto de 2003 en el proceso de la referencia y en su lugar tutelar los derechos a la igualdad, a la vida y a la salud de Florentino Guillermo Sáenz Cepeda.

Segundo.- Ordenar a Sanitas EPS que en el término de 48 horas contadas a partir del momento en que se notifique esta sentencia, si aún no lo ha hecho, lo afilie si él lo solicita, en tanto portador de VIH-SIDA. Sanitas EPS podrá obtener de Cajanal EPS el monto que corresponda a título de cofinanciación del tratamiento de Florentino Guillermo Sáenz Cepeda durante un año, según lo dispuesto por el Acuerdo 245 de 2003 del CNSSS y lo que determine el Ministerio de la Protección Social, según lo señalado en el siguiente numeral.

Tercero.- Disponer que el Ministerio de la Protección Social indique, en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación del presente fallo, el porcentaje del costo del tratamiento de Florentino Guillermo Sáenz Cepeda que deberá asumir Cajanal EPS ante Sanitas EPS, en virtud del Acuerdo 245 de 2003 del CNSSS, así como el procedimiento para adelantar el cobro, si no lo ha hecho ya de manera general.

Cuarto.- Comunicar la presente decisión al Ministerio de la Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. De la misma forma comunicar por Secretaría General el presente fallo a Florentino Guillermo Sáenz Cepeda, por correo certificado y a la mayor brevedad posible.

Quinto.- Librar, por medio de la Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Expediente, folio 5.

2 Expediente, folio 28.

3 Indica en su demanda que el primero de estos derechos, la vida, se encuentra consagrado en la Constitución Política en el artículo 11, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 3, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 6 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 4. El derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra en la Constitución en los artículos 47, 48 y 49, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 22, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, artículos 9 y 10h, 12 y 14.2b, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 26.

4 Ley 100 de 1993, artículo 1°.

5 Ley 100 de 1993, artículo 152.

6 En la sentencia T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se indicó que según la jurisprudencia constitucional “(...) el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa

elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).” Concretamente, se indicó que la noción jurídica de dignidad humana, en el ámbito de la autonomía individual, consiste en “(...) 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 del 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.” En esta sentencia la Corte decidió, entre otras cosas, que “(...) es evidente la existencia de una estrecha relación entre la posibilidad del goce efectivo del derecho a la dignidad humana (ámbito de las condiciones materiales de existencia) y la prestación ininterrumpida del servicio de suministro de energía eléctrica al centro penitenciario como bien constitucionalmente protegido.”

7 En la sentencia T-379 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) se resolvió tutelar el derecho a la autonomía, además de los derechos a la identidad e integridad de la comunidad indígena de Pastas, pues la Alcaldía municipal de Aldana, Nariño (entidad demandada) se abstuvo de celebrar el contrato correspondiente con la ARS seleccionada por la comunidad, pese a haber conocido oportunamente la decisión de trasladarse de ARS. La Corte ordenó a la Alcaldía municipal de Aldana que procediera a celebrar el contrato de régimen subsidiado con la ARS GUAITARÁ, seleccionada por la comunidad indígena de Pastas mediante resolución y acta suscrita por las autoridades propias.

8 En la sentencia C-898 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) se resolvió declarar exequible una norma según la cual “La Dirección Seccional o local de Salud contratará preferencialmente la administración de los recursos del subsidio con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las Empresas Solidarias de Salud.” (se subraya la parte demandada; numeral 1º, artículo 216 de la Ley 100 de 1993) condicionado a que se entienda que, en todos los casos, todas las administradoras del régimen subsidiado (ARS) interesadas en administrar los recursos del subsidio deben participar en el concurso convocado por las direcciones seccionales o locales de salud para contratar dicha administración, y que solamente cuando se presente una igualdad de condiciones entre las

participantes debe preferirse a aquella que sea una administradora de carácter comunitario, como lo son las empresas solidarias de salud. En este caso la decisión se fundamentó tanto en los derechos fundamentales de las personas que acceden a los servicios de salud como en la protección a la libertad de empresa.

10 Ley 100 de 1993, artículo 230. Régimen Sancionatorio. La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía. || El certificado de autorización que se les otorgue a las Empresas Promotoras de Salud podrá ser revocado o suspendido por la Superintendencia mediante providencia debidamente motivada, en los siguientes casos: 1. Petición de la Entidad Promotora de Salud; 2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización; 3. Cuando la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de 3 meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización; 4. Cuando la entidad ejecute prácticas de selección adversa; 5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio. || Parágrafo 1. El Gobierno reglamentará los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otros mecanismos aplicables a las entidades promotoras y prestadoras que permitan garantizar la adecuada prestación del servicio de salud a que hace referencia la presente Ley, protegiendo la confianza pública en el sistema. || Parágrafo 2. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

11 Ley 100 de 1993, artículo 2°, (c).

12 Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral 1.

13 Esta no es la única medida que se toma en el Decreto 1485 de 1994 para garantizar una distribución equitativa de los pacientes entre las distintas EPS. El artículo 15 del Decreto 1485 estableció una serie de obligaciones especiales entre las EPS con este propósito. La primera de ellas consiste en “acreditar al corte del mes de junio y al corte del mes de

diciembre de cada año que su composición de beneficiarios se sujetó a los siguientes porcentajes promedio ponderado: (a) No menos de un cinco por ciento (5%) deben ser personas mayores de sesenta (60) años; (b) No menos de un veinte por ciento (20%) deben ser mujeres entre los quince (15) y los cuarenta y cuatro (44) años.”

14 Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de marzo de 2003. Acción de nulidad del numeral 9° del artículo 14 del Decreto 1485 de 13 de julio de 1994. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero; 11001-03-24-000-2002-0156-01(7933).

15 En la sentencia C-112 de 1998 la Corte Constitucional resolvió declarar exequible el inciso segundo del artículo 164 de la Ley 100 de 1993 (artículo 164. Preexistencias. En el Sistema General de Seguridad en Salud, las Empresas Promotoras de Salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados. || El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica. (...))”

16 Dijo la Corte: “(...) bien puede afirmarse que ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización pues su exigencia violaría los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de ‘alto costo’, necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los períodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios. || El cobro de un porcentaje en dinero por la atención de enfermedades de alto costo, cuando no se hayan cumplido los períodos mínimos de cotización, tampoco viola la Constitución, pues ésta no prescribe que los servicios de salud deban ser gratuitos (...))”

17 En la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se citó el siguiente aparte de la sentencia C-221 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero): “Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye

con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. || Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.”

18 La medida fue adoptada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para el régimen contributivo mediante el Acuerdo 217 de 2001 (“por el cual se establece un mecanismo para el reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico de la atención en salud del régimen contributivo”) y para el régimen subsidiado mediante el Acuerdo 227 de 2002 (“por el cual se establece un mecanismo para el reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico de la atención en salud del régimen subsidiado y se dictan otras disposiciones”).

19 CNSSS, Acuerdo 245 de 2003, artículo 3°. Este mecanismo también ha tenido problemas de implementación, por lo que el CNSSS resolvió aplazar su ejecución mediante el Acuerdo 248 de 2003.

20 Por traslado regular se entiende aquel traslado que es excepcional, es decir, que no fue hecho en virtud del mecanismo extraordinario de redistribución de pacientes contemplado en el artículo 3° del Acuerdo 245 de 2003.

21 En la sentencia T-344 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la corte decidió que “(...) mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una E.P.S., la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del P.O.S., por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.”