

TRASLADO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE PACIENTE DE ALTO COSTO-Obligación de permanencia por término de dos años una vez finalizado tratamiento

#### DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD

La libertad de escogencia es una garantía que goza de una triple connotación, pues es a la vez, principio rector del SGSSS, característica del mismo y un derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud. Es por ello, que ante conductas que vulneren los principios de libre escogencia y no discriminación por selección adversa, la Ley 100 de 1993 previó la imposición de las sanciones indicadas en el artículo 230 de la misma Ley

#### PRINCIPIO DE LIBRE ESCOGENCIA, PRINCIPIO DE MOVILIDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION POR SELECCION ADVERSA/DERECHO DE ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental/DERECHO A LA SALUD- residual Fundamental

Varios fallos de la Corte Constitucional han hecho una interpretación sistemática de la Carta Fundamental y del ordenamiento legal vigente, para concluir que los principios de libre escogencia, movilidad y no discriminación por selección adversa y el derecho de acceso a la seguridad social y la salud, 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. Así, por ejemplo, puede establecerse que los citados principios y derechos adquieren el carácter de fundamental, en supuestos donde el paciente que solicita un traslado de E.P.S., padece una enfermedad que no está

siendo adecuada u oportunamente tratada por la entidad a la que se encuentra afiliado, pues es claro que con ello se pone en peligro su integridad física, su salud y su vida en condiciones de dignidad humana.

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**-Acceso de las personas sin ninguna discriminación

**DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA Y TRASLADO DE EPS**-No tiene carácter absoluto

**SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**-Excepción a los límites de la libre escogencia de entidades que prestarán el servicio/**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

Para el caso de los afiliados a los cuales se refiere el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, es decir, los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo, es del caso precisar que en el supuesto de encontrarse soportando una mala prestación del servicio, les asiste el derecho de solicitar libremente el respectivo traslado ante la E.P.S. que a su arbitrio consideren adecuada a sus necesidades de salud, sin más condicionamiento que la respectiva acreditación de tal situación ante la E.P.S. receptora. La Corte ha entendido que el supuesto fáctico de la mala prestación del servicio de salud se configura, de manera general cuando la Entidad Promotora de Salud respectiva omite el deber de protección integral del afiliado, mediante la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en la cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia establecida por el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establecido para el Plan Obligatorio de Salud. Así, cualquier conducta que suspenda, retarde o dilate el suministro de los medicamentos, procedimientos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas y demás que el paciente requiere para la recuperación o estabilización de su enfermedad, constituye una mala prestación del servicio.

TRASLADO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE PACIENTE DE ALTO COSTO-Existe libertad probatoria para demostrar mala prestación del servicio de salud

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Sostenibilidad financiera

TRASLADO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE PACIENTE DE ALTO COSTO-Obligación de cotizar por lo menos dos años después de haber terminado tratamiento no tiene carácter absoluto

Resulta razonable la limitación impuesta a los principios de libertad de escogencia y de movilidad, en el sentido de exigir un término de permanencia mínima en la misma E.P.S. o A.R.S., si se tiene en cuenta que de esta manera la eficiencia y sostenibilidad del sistema se mantiene incólume. Además, la limitación no tiene un carácter absoluto, pues existe una excepción a la regla general consistente en la posibilidad de solicitar el traslado respectivo, cuando se verifique una mala prestación del servicio.

DERECHO A LA VIDA-Adulto mayor quien padece enfermedad de alto costo a quien entidad niega traslado hasta tanto no cumpla con periodo mínimo de permanencia

Referencia: expediente T-1442678

Acción de tutela instaurada por Augusto Escobar Mejía contra la E.P.S. SUSALUD

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

#### **SENTENCIA**

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Juzgados Segundo Penal Municipal y Penal de Conocimiento Categoría Circuito ambos de la ciudad de Envigado - Antioquia- en la tutela interpuesta por Augusto Escobar Mejía contra la E.P.S. SUSALUD.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

El demandante presentó acción de tutela contra la E.P.S. SUSALUD, al considerar que esta entidad vulneró sus derechos a la salud en conexidad con la vida digna, por cuanto se le ha negado a él y a su cónyuge la afiliación a esa E.P.S.

Relata el demandante que tanto él como su esposa se encuentran afiliados al Instituto de Seguros Sociales desde el primero de septiembre de 1994; son personas de avanzada edad, él con 72 años y su esposa con 69, ambos con enfermedades cardíacas de alta complejidad, concretamente él con una prótesis valvular aórtica mecánica y su esposa con una enfermedad coronaria intervenida con 4 stent.

No obstante lo anterior, sostiene que el ISS ha incurrido en reiteradas negligencias tales como demoras para practicar exámenes, retrasos en las remisiones a los especialistas y dilaciones en iniciar los tratamientos requeridos, razón por la cual han decidido escoger la E.P.S. Susalud para trasladarse. Dicha entidad, amparada en lo dispuesto por el Decreto 1485 de 1994, negó el traslado solicitado, argumentando para ello que la señora HORTENSIA PÉREZ, esposa del accionante presentaba una enfermedad de alto costo, de tal suerte que debía permanecer en su E.P.S. actual por el término de dos años siguientes a la terminación de su tratamiento. Frente a lo anterior, considera el accionante que se vulneran sus derechos fundamentales a la protección a la tercera edad y salud en conexidad con la vida digna.

### 2. Pruebas relevantes

- A folio 6 del expediente, copia de la respuesta que Susalud E.P.S., envía al accionante respondiendo su derecho de petición elevado el 23 de junio de 2006.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

- A folios 68 y 69 escrito del accionante enviado a la Corte donde explica las razones del mal servicio del ISS E.P.S. y se anexan fórmulas médicas del mes de agosto que aún no se han atendido.

### 3. Intervención de la entidad accionada

Mediante escrito fechado el 24 de julio de 2006 dirigido al Juez de Primera Instancia, la apoderada judicial de Susalud E.P.S. confirma que ciertamente la solicitud de traslado del señor AUGUSTO ESCOBAR fue negada atendiendo a las prerrogativas del Decreto 1485 de 1994.

Recordó el escrito, que la señora HORTENSIA PÉREZ DE ESCOBAR, esposa del accionante y su actual beneficiaria en la E.P.S. del Seguro Social padece de una enfermedad clasificada de alto costo, y por ello su traslado sólo es posible dos años después de culminado el tratamiento en la actual E.P.S., tal como lo dispone el mencionado Decreto.

### 4. Sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia negó la tutela incoada y afirmó, que ciertamente del

Decreto 1485 de 1994 se infiere que en caso de que el servicio médico sea ineficiente en una E.P.S., subsiste para los afiliados el derecho a trasladarse a otra E.P.S. en cualquier momento. Sin embargo, en este caso, al no estar probado por el accionante que el ISS prestara un servicio deficiente, no puede concederse la tutela ordenando el traslado a SUSALUD.

En efecto, sostuvo el fallo, “resulta indiscutible que era el accionante quien tenía la carga de demostrar que realmente ha venido recibiendo una mala prestación del servicio por parte de la EPS del Instituto de Seguros Sociales, pues no de otra manera sería posible tener por cierta la excepción contemplada por el numeral 9º del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, y en virtud de la cual es posible el traslado a otra EPS no obstante el sometimiento a un tratamiento de alto costo.”

## 5. Impugnación

El accionante controvierte la decisión del juez de primera instancia, limitando sus argumentos a lo siguiente:

- La afirmación que se hace en la demanda de tutela esta amparada por la presunción constitucional de buena fe, y salvo que se desvirtúe, debe tenerse por “veraz y digna de crédito”.
- El Juez de primera instancia hubiera podido adelantar un buen debate probatorio, para demostrar que las valoraciones respecto al mal servicio del ISS eran erradas; al no hacerlo, estaba obligado a concederle a su versión “un alto grado de veracidad”.

- Es un hecho notorio y público la crisis que atraviesa el ISS, circunstancia que lo ha llevado a ser cuestionado en innumerables ocasiones, como se puede comprobar con el seguimiento a la gran cantidad de demandas que cursan y se tramitan en los despachos judiciales. Luego no es una suposición el mal servicio que presta esa Entidad Promotora de Salud.

- Finalmente anota que tanto él como su esposa son personas de muy avanzada edad, enfermas y sin grandes medios económicos, que no estarían en condiciones de iniciar ahora otra demanda de tutela para probar el mal servicio de la E.P.S. del Seguro Social.

## 6. Sentencia de segunda instancia

La sentencia de segunda instancia, dictada por el Juzgado Penal de Conocimiento de Envigado- Categoría Circuito- reseña en primer término los hechos de la demanda de tutela, recordando que ante la inconformidad de los accionantes con los servicios prestados por el ISS decidieron solicitar su ingreso a la E.P.S. Susalud, sin embargo, tal petición fue desestimada por esa entidad debido a las reglamentaciones existentes sobre la materia.

Pese a lo anterior, la sentencia de segunda instancia no hace referencia al proceder del ente demandado, sino que se limita a demostrar que el Seguro Social sí ha cumplido con el deber de prestar un adecuado servicio de salud a los esposos Escobar Mejía y en torno a tal entendimiento resuelve la tutela impetrada concluyendo que el Seguro Social sí está prestando los servicios de salud al accionante y a su esposa, añadiendo que a sus edades, es difícil que otra entidad les permita el ingreso.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

## 1. Competencia

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

## 2. Problema jurídico

En el presente caso existe una demanda de tutela interpuesta por una persona que sostiene que su actual E.P.S. (ISS) no le presta eficientemente el servicio de salud, por lo que decide trasladarse a la E.P.S. Susalud. Esta entidad le niega el traslado bajo el argumento de que debe darse aplicación a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, es decir, que sólo puede trasladarse pasados dos años de terminado el tratamiento de alto costo que padece.

Los jueces de instancia niegan la tutela luego de considerar que (i) no se probó la mala prestación del servicio de salud por parte del ISS y (ii) que no existe vulneración alguna de los derechos del actor, pues en ningún momento le ha sido negada la atención médica que requiere sino que, por el contrario, le han sido brindados todos los cuidados y medicamentos indispensables para el tratamiento de la enfermedad que sufre tanto él como su esposa.

Planteada así la cuestión, corresponde a la Corte determinar en el presente caso, si la E.P.S. Susalud ha vulnerado los principios de libre escogencia, movilidad y no discriminación por selección adversa, así como los derechos de acceso a la seguridad social y la salud en conexidad con la vida digna, al negar el traslado de una persona de la tercera edad que

padece una enfermedad catalogada como de alto costo, con fundamento en la falta de acreditación del presupuesto de mala prestación del servicio por parte de la E.P.S. de la cual proviene el paciente, establecido por el numeral 4 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994.

### 3. Principios de libre escogencia, movilidad y no discriminación por selección adversa y derecho de acceso a la seguridad social y la salud Carácter fundamental

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Ley 100 de 1993, dentro el marco constitucional mencionado, organizó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), cuyo objeto es “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”<sup>1</sup>. (Subrayas fuera del texto). Dentro de los principios rectores que orientan al SGSSS, establecidos en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, cabe destacar los de equidad y libre escogencia, principios que encuentran su soporte constitucional en el respeto a los derechos a la libertad y la autonomía personal como parte integrante del principio de dignidad humana (artículos 1, 13, y 16 de la Constitución Política).

El artículo 156 de la Ley 100 de 1993 establece en su numeral g) como característica del Sistema, que los afiliados a éste puedan elegir libremente la Entidad Promotora de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas y las condiciones fijadas por la misma Ley.

Así mismo, el numeral 3 del artículo 159 de la Ley 100 de 1993 dispone en favor de los afiliados al Sistema, los derechos 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”.

Así, es claro, que la libertad de escogencia es una garantía que goza de una triple connotación, pues es a la vez, principio rector del SGSSS, característica del mismo y un derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud. Es por ello, que ante conductas que vulneren los principios de libre escogencia y no discriminación por selección adversa, la Ley 100 de 1993 previó la imposición de las sanciones indicadas en el artículo 230 de la misma Ley2.

Igualmente, a nivel reglamentario, los principios de libre escogencia y movilidad o traslado han sido expresamente regulados. Así, el artículo 45 del Decreto 806 de 1998 establece que “la afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud, EPS, en los regímenes contributivo y subsidiado, es libre y voluntaria por parte del afiliado. Por consiguiente, el cambio de EPS no sólo se autoriza sino que se garantiza legalmente”. En el mismo sentido, el artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 define el derecho a la libre escogencia y dispone lo siguiente:

- i) Que los afiliados tienen el derecho a escoger libremente, entre las diferentes entidades promotoras de salud, la encargada de administrar la prestación de los servicios de salud derivados del Plan Obligatorio;
- ii) Que estas se encuentran obligadas a prestar el Plan Obligatorio de Salud a todas las personas que deseen afiliarse y que paguen la cotización o reciban el subsidio correspondiente;

iii) Que como regla general los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden trasladarse a otra E.P.S. una vez por año<sup>3</sup>, para lo cual el término correspondiente se cuenta a partir de la fecha de vinculación al SGSSS, salvo cuando se presenten casos de mala prestación o suspensión del servicio y;

iv) Que para el traslado de afiliados que están siendo objeto de un tratamiento de alto costo sujetos a períodos mínimos de cotización, el término de permanencia en una misma entidad promotora de salud es de por lo menos dos (2) años, los cuales empezarán a contarse “después de culminado el tratamiento en la respectiva entidad promotora de salud”, salvo que exista mala prestación del servicio.”

Varios fallos de la Corte Constitucional han hecho una interpretación sistemática de la Carta Fundamental y del ordenamiento legal vigente, para concluir que los principios de libre escogencia, movilidad y no discriminación por selección adversa y el derecho de acceso a la seguridad social y la salud, 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.<sup>4</sup> Así, por ejemplo, puede establecerse que los citados principios y derechos adquieren el carácter de fundamental, en supuestos donde el paciente que solicita un traslado de E.P.S., padece una enfermedad que no está siendo adecuada u oportunamente tratada por la entidad a la que se encuentra afiliado, pues es claro que con ello se pone en peligro su integridad física, su salud y su vida en condiciones de dignidad humana. La sentencia T-011/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil, estableció la misma tesis respecto al derecho de acceso efectivo al sistema de salud.

Con todo, los principios de libre escogencia y movilidad no son de carácter absoluto, pues admiten como limitación el cumplimiento por parte de los afiliados de períodos mínimos de permanencia, los cuales han sido establecidos con el objeto de propender por la

sostenibilidad financiera del sistema. Sin embargo, los citados períodos no son exigibles al afiliado cuando -como lo dispone el artículo 14 ibídem- se configura una “mala prestación o suspensión del servicio” por parte de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado el paciente. En tal evento, si el afiliado desea trasladarse a otra E.P.S., puede hacerlo, alegando como motivo generador del traslado, la mala prestación o la suspensión del servicio de salud, según sea el caso, sin que la Entidad Promotora de Salud que lo recibe, pueda oponer el incumplimiento de los períodos mínimos de permanencia.

La Corte Constitucional señaló al respecto lo siguiente, en la citada sentencia T-011/04:

“Ahora bien, aún cuando el ejercicio del derecho a la “libre escogencia” se encuentra sometido al cumplimiento de las condiciones previstas en los numerales cuarto (4°) y noveno (9°) del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, dichos condicionamientos no resultan exigibles en aquellos casos en que exista “una mala prestación o suspensión del servicio”, configurando estas dos situaciones una excepción a la regla. Bajo este entendido, aun cuando no se encuentren cumplidos los períodos previstos en las normas citadas, la ineficiencia en la prestación de los servicios de salud requeridos por el usuario o su suspensión injustificada, le permiten a éste ejercer legítimamente y sin limitaciones su derecho a la “libre escogencia”, es decir, adoptar en cualquier tiempo la decisión de cambiar la entidad promotora de salud. Ello, en el entendido que con dicha prerrogativa se busca preservar la vida y la salud del afiliado en condiciones dignas y justas, tal como lo garantiza el mismo artículo 49 de la Constitución Política al señalar que toda persona tendrá el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”5.

Para el caso de los afiliados a los cuales se refiere el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, es decir, los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo, es del caso

precisar que en el supuesto de encontrarse soportando una mala prestación del servicio, les asiste el derecho de solicitar libremente el respectivo traslado ante la E.P.S. que a su arbitrio consideren adecuada a sus necesidades de salud, sin más condicionamiento que la respectiva acreditación de tal situación ante la E.P.S. receptora. La Corte ha entendido que el supuesto fáctico de la mala prestación del servicio de salud se configura, de manera general cuando la Entidad Promotora de Salud respectiva omite el deber de protección integral del afiliado, mediante la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en la cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia establecida por el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establecido para el Plan Obligatorio de Salud.<sup>6</sup> Así, cualquier conducta que suspenda, retarde o dilate el suministro de los medicamentos, procedimientos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas y demás que el paciente requiere para la recuperación o estabilización de su enfermedad, constituye una mala prestación del servicio.

Ahora, para la configuración de tal supuesto, basta señalar que la ley no ha establecido formalidades para ello, por lo que puede afirmarse que existe libertad probatoria. Por lo tanto, el afiliado puede demostrar a la E.P.S receptora, la existencia de una mala prestación del servicio de salud por parte de la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado, por cualquier medio de prueba que lleve a aquella al convencimiento de tal situación. Así por ejemplo, en situaciones semejantes a la que ocupa la atención de la Sala, la Corte Constitucional señaló que cuando mediante una acción de tutela se haya constatado la mala prestación del servicio, no es necesario, que el accionante lo demuestre nuevamente<sup>7</sup>, pues en todo caso, corresponde a la E.P.S. que ha prestado mal el servicio, demostrar que ahora éste es eficiente y adecuado.<sup>8</sup>

Esto significa que la E.P.S. receptora no puede oponer razones que ocasionen una discriminación por selección adversa o una carga probatoria que afecte los derechos de libre escogencia y movilidad establecidos por la ley, a un afiliado que padece una enfermedad de alto costo y desea trasladarse por soportar una mala prestación del servicio de la E.P.S. que lo afilia. En este sentido, la sentencia T-011/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil señaló lo siguiente:

“Es de aclararse que, por fuera de las condiciones establecidas en los numerales 4 y 9 del Decreto 1485 de 1994, no pueden imponerse limitaciones al ejercicio del derecho de “libre escogencia”; en el entendido, además, que las condiciones reguladas sólo pueden ser exigibles por parte de las E.P.S. y A.R.S. cuando se garantiza al usuario una eficiente y adecuada prestación del servicio. Por tanto, dichas entidades no están en capacidad de desarrollar conductas o adelantar políticas encaminadas a impedir, restringir o condicionar la voluntad de los usuarios del SGSSS que deseen trasladarse a otra E.P.S o A.R.S.<sup>9</sup> pues tal comportamiento haría nugatoria la prerrogativa garantizada por la ley y amparada por la Constitución Política”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Como se expuso, el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 limita los principios de libertad de escogencia y movilidad, para los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo, estableciendo para estos la prohibición de trasladarse a otra E.P.S., sin cumplir con el requisito de haber cotizado por lo menos durante dos años después de haber terminado su tratamiento. No obstante, la norma también señala que la única situación que autoriza al paciente para trasladarse en cualquier tiempo sin satisfacer tal requisito, es encontrarse soportando una mala prestación del servicio de salud por parte de la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado.

Esta limitación, tal como lo consideró el Consejo de Estado en sentencia de 20 de marzo de 2003, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero<sup>10</sup>, resulta constitucional si se considera que bajo un juicio de igualdad se puede concluir que no discrimina a las personas que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo puesto que tal medida se justifica al garantizar una adecuada y continua prestación de los servicios de salud y permitir que la E.P.S.

respectiva compense y equilibre la carga asumida por la prestación del servicio haciendo de esta manera, sostenible y viable el SGSSS. En lo pertinente señaló:

“a) Aceptar que se desconoce el derecho a la igualdad por el hecho de restringir el paso de una EPS a otra, después de haber recibido un costoso tratamiento, equivale a afirmar que tampoco podrían haberse establecido períodos mínimos de cotización para el caso de ciertas enfermedades puesto que igualmente se estaría vulnerando el derecho a la igualdad en relación con otras de atención inmediata. Ya se vió cómo el establecimiento de períodos mínimos de cotización no vulnera ninguna disposición constitucional.

(...)

La norma acusada, garantiza el desarrollo de los preceptos contenidos en los artículos 48 y 49 de la Carta Política, al asegurar a quien padece una enfermedad ruinosa o de alto costo, que su tratamiento no tendrá solución de continuidad.

b) Existe una discriminación justificada puesto que, luego de un costoso tratamiento que ha significado la erogación de cuantiosos recursos por parte de la EPS, debe existir apenas una justa retribución económica manteniendo una cotización que de algún modo compense el costo del tratamiento realizado y, además, se busca proteger al afiliado. Se justifica entonces el trato diferencial en protección de los derechos de ambas partes.

c) La norma prevé que el único caso en que el afiliado, a quien se le ha realizado un costoso tratamiento pueda retirarse antes de los dos años del mismo, es cuando existe una mala prestación del servicio, lo cual resulta justo en protección de los derechos del afiliado”.

En suma, resulta razonable la limitación impuesta a los principios de libertad de escogencia y de movilidad, en el sentido de exigir un término de permanencia mínima en la misma E.P.S. o A.R.S., si se tiene en cuenta que de esta manera la eficiencia y sostenibilidad del sistema se mantiene incólume. Además, la limitación no tiene un carácter absoluto, pues existe una excepción a la regla general consistente en la posibilidad de solicitar el traslado respectivo, cuando se verifique una mala prestación del servicio. Al respecto, en sentencia T-010/04, la Corte Constitucional señaló:<sup>11</sup>

“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”.

Debe confrontarse entonces, la jurisprudencia relacionada con los datos presentados en el caso concreto.

## 5. Caso concreto

El accionante es una persona de 72 años de edad, que tiene como beneficiaria a su esposa 69 años, que padece una enfermedad cardiaca catalogada como de alto costo. Tal circunstancia ha impedido su traslado a la E.P.S. SUSALUD, por cuanto esta entidad arguye que a la luz de lo dispuesto por el Decreto 1485 de 1994, para proceder al traslado, es preciso esperar dos años de culminado el tratamiento que se le viene realizando.

Sin embargo, como se explicó en la primera parte de este fallo, existe una excepción a la regla anterior y es la establecida en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 2004, que supone la posibilidad de solicitar libremente el traslado a otra E.P.S. cuando existe mala prestación del servicio, sin que le sea exigible al paciente el período de permanencia de dos años contados a partir de la terminación del tratamiento médico. La situación del accionante se enmarca dentro de esta excepción, lo que hace procedente la presente tutela, y las razones son las siguientes:

- El accionante y su esposa son personas de la tercera edad y por lo tanto, sujetos de especial protección, que requieren con urgencia atención especializada debido a las múltiples patologías que los aquejan<sup>12</sup>. Especialmente, la señora HORTENSIA PÉREZ DE ESCOBAR, de quien la E.P.S. del ISS dice tener en curso un tratamiento de alto costo, necesita el traslado a una E.P.S. que le garantice precisamente que su insuficiencia cardiaca será atendida en debida forma.
- Aún cuando la entidad accionada afirma sustentar su conducta en algunas disposiciones reglamentarias, a juicio de esta Sala de Revisión existe un sólido fundamento constitucional y legal para conceder la tutela impulsada por el actor, al amparo del derecho fundamental de acceso a la seguridad social y, como desarrollo del mismo, del derecho legal de la “libre escogencia” expresamente señalado por los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, reglamentado en el artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, por medio del cual se garantiza a los afiliados al sistema general de salud el derecho a escoger libremente la entidad promotora de salud a la que quieran afiliarse.

- Como consecuencia de la negativa de Susalud E.P.S. en autorizar el traslado, el accionante y su esposa se han visto obligados a permanecer en una E.P.S. donde los servicios médicos requeridos no se ofrecen de manera completa, y se han visto interrumpidos o suspendidos sin justa causa. Esta circunstancia le impone al demandante una carga adicional no regulada que hace nugatorio el ejercicio pleno de sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, máxime si se tiene en cuenta que su esposa padece una enfermedad de alto costo, y por ende, de alta complejidad, cuya calificación y gravedad son reconocidas por la propia Susalud.
- Ahora bien, tal como se reseñó en la jurisprudencia citada, en la medida en que el actor alega que su traslado obedece a problemas en la prestación del servicio de salud por parte de la E.P.S. Seguro Social, no es posible que SUSALUD E.P.S. le exija el cumplimiento de la condición prevista en el numeral 9º del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, consistente en el deber de permanecer en la E.P.S. inicialmente escogida por un periodo de dos años cuando se trata de pacientes sometidos a tratamiento de alto costo, ya que la aludida condición no es exigible cuando el cambio se justifica en la deficiente o mala prestación del servicio de salud, por ser precisamente dicha circunstancia una excepción a la regla. De esta manera, en tanto el accionante pone de presente los inconvenientes que ha tenido con la E.P.S del I.S.S. para obtener el continuo y adecuado tratamiento a la enfermedad que padece su esposa<sup>14</sup>, se configuran los presupuestos de hecho y de derecho que justifican la necesidad de que opere el traslado reclamado.
- Asiste razón al accionante cuando desestima las razones de la sentencia de primera instancia, que prefirió negar el amparo solicitado ante la ausencia de pruebas para justificar su aserto. En efecto, la sentencia de primera instancia considera que el accionante ha debido

probar la mala prestación del servicio atribuida al ISS, pero no despliega ningún esfuerzo probatorio para contradecir los supuestos de hecho presentados por el accionante. Dentro del material probatorio allegado al expediente se muestra claramente, que cuando el accionante hace su solicitud de traslado, informa a Susalud de la mala prestación del servicio a cargo del ISS, y en el derecho de petición elevado a esa entidad con fecha 23 de junio de 2006 se le dice expresamente a Susalud que existen exámenes de cardiología que llevan seis (6) meses sin practicarse por parte del ISS.<sup>15</sup> Igualmente existe copia de la queja elevada ante la Superintendencia de Salud señalando las inconsistencias en el servicio del ISS E.P.S.

- La anterior fundamentación justifica aún más la prosperidad de la presente tutela en tanto en la sentencia T-436 de 2004<sup>16</sup> la Corte concluyó que no prosperaba el amparo solicitado porque en la solicitud de traslado no se había indicado la razón por la cual se optaba por el cambio. Tal omisión, a juicio de la Corte, acarreaba violación del debido proceso a la entidad receptora por cuanto se le opondrían unos hechos frente a los cuales no tuvo oportunidad de tomar determinación alguna. Los supuestos de la presente tutela no son los mismos, pues como ya se indicó, en este caso, Susalud recibió la historia clínica del demandante y de su esposa al tiempo que se le indicó cuál era la razón del traslado.
- La tercera edad exige el respeto y la consideración de la sociedad y la gestión efectiva del Estado Social de Derecho, que no pueden eludir sus responsabilidades en la preservación de una vida digna de personas cuya debilidad es manifiesta<sup>17</sup>. Las anteriores razones llevan a la Sala a considerar que la decisión de la E.P.S. SUSALUD, de negar el traslado del señor Augusto Escobar y su esposa a su institución, no sólo desconoce la libertad que éste tiene de escoger la entidad promotora que le preste los servicios médicos que requiera, sino que además, vulnera su derecho de acceso efectivo al sistema salud que, dentro de una interpretación sistemática de la Carta, adquiere el carácter de fundamental.
- Igualmente pone de presente la Corte, que el traslado de una E.P.S. a otra, no puede

suponer la suspensión o interrupción injustificada en la prestación de los servicios médicos, pues la atención en salud es un servicio público que se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (C.P. art 49 y art. 2º de la Ley 100 de 1993), teniendo además, como una de sus principales características, la continuidad en la prestación del mismo.

- De esta manera, cuando opere el traslado solicitado por el afiliado, éste se deberá cumplir con el procedimiento señalado por el artículo 45 del Decreto 806 de 1998.<sup>18</sup> En virtud del principio de continuidad, los titulares del derecho a la atención en salud que han ingresado al sistema de General de Seguridad Social, tienen derecho a la prestación ininterrumpida, constante y permanente de los servicios, como una garantía de protección de los derechos a la vida y a la salud. Dicho en otras palabras, el principio de continuidad se materializa en el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones intempestivas o abruptas y sin justificaciones constitucionalmente válidas de los servicios de salud y, en particular, de los tratamientos o procedimientos médicos que reciben o requieran según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o síquicas del usuario.<sup>19</sup>

En el presente caso, la Sala de Revisión, revocará las sentencias de instancia y ordenará a Susalud E.P.S. que acepte la solicitud de traslado del accionante, en el caso de que éste decida reiterarla. Como esta medida conllevaría una carga elevada para Susalud E.P.S., especialmente si se tiene en cuenta que la razón que justificó el traslado es el mal servicio que le brindó el ISS E.P.S., 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 E.P.S. que afilie al accionante.<sup>20</sup> En consecuencia, la E.P.S. SUSALUD podrá aplicar las regulaciones vigentes para obtener la cofinanciación del tratamiento de alto costo que esté en curso al momento del traslado del accionante y su esposa.

Se ordenará igualmente al Ministerio de la Protección Social que indique a Susalud E.P.S., el porcentaje del costo de los tratamientos que debe asumir el ISS E.P.S. en el caso del

accionante y su beneficiaria, así como el procedimiento a seguir para el cobro, si no lo ha hecho de manera general.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Penal de Conocimiento Categoría Circuito de Envigado, y en su lugar TUTELAR los derechos a la vida y a la salud de Augusto Escobar Mejía.

Segundo. ORDENAR a Susalud E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del momento en que se notifique esta sentencia, si aún no lo ha hecho, lo afilie a esa E.P.S., si él lo solicita, aplicando las regulaciones vigentes para obtener la cofinanciación del tratamiento de alto costo que esté en curso al momento del traslado del accionante y su esposa.

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 de los

tratamientos que debe asumir el ISS E.P.S. en el caso del accionante y su beneficiaria, así como el procedimiento a seguir para el cobro, si no lo ha hecho 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 AUGUSTO ESCOBAR MEJÍA, 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.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

2 El artículo 230 de la ley 100 de 1993 establece: “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 le 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 tres 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. (...)".

3 Respecto al traslado de los afiliados al SGSSS en el régimen contributivo, el artículo 16 del Decreto 047 de 2000, aumentó el término de permanencia en la misma E.P.S. de la siguiente manera: "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 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".

4 Sentencia T-011 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T- 010 de 2004 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T- 436 de 2004 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

5 Sentencia T-011/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil

6 Sentencia T-436 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

7 "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"."

Sentencia T-011/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

9 “El artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, es muy claro al señalar como prácticas no autorizadas para las E.P.S., aquellas que afecten la libre escogencia del afiliado, como la implementación de procedimientos o mecanismos de discriminación; por causa del estado previo, actual o potencial de salud del usuario; por no prestar los servicios de salud o negar la afiliación del particular aún cuando éste asegure el pago de las cotizaciones o subsidios correspondientes, salvo que se demuestre la mala fe del usuario, por el uso indebido del SGSSS en anteriores ocasiones, etc.”

10 Esta sentencia resolvió sobre la nulidad formulada contra el numeral 9 del artículo 14, del Decreto 1485 de 13 de julio de 1994.

11 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

13 Sentencia T-011 de 2003 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

14 De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, la señora Hortensia Pérez de Escobar, sufrió un infarto desde el año 2003 y como consecuencia de ello presenta una “insuficiencia cardiaca congestiva por isquemia”.

15 Folio 6 del expediente.

16 M. P. Clara Inés Vargas Hernández

17 Sentencia T-875 de 2001 M. P. Alvaro Tafur Galvis.

18 Artículo 45 del Decreto 806 de 1998. “Libertad de afiliación por parte del afiliado. La afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud, EPS, en los regímenes contributivos y subsidiado, es libre y voluntaria por parte del afiliado.

“(…).

“Cuando el afiliado se traslada de entidad promotora de salud, en el formulario de registro de novedades y traslados definido por la Superintendencia Nacional de Salud, deberá consignarse que la decisión de traslado ha sido tomada de manera libre y espontánea.”

19 Sentencia T-354 de 2005 M. P. Rodrigo Escobar Gil

20 En los casos que dieron origen a las sentencias T-010 de 2004 y T-011 de 2004 donde los accionantes eran portadores de VIH, se aplicaron las normas del Acuerdo 245 de 2003 que específicamente prevén la cofinanciación de los traslados de EPS en los casos de Sida e Insuficiencia Renal.