

SENTENCIA T-1229/08

(Diciembre 5, Bogotá DC)

ACCION DE TUTELA-Medio de defensa judicial

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Incorporación, permanencia y garantía de traslado de sus afiliados

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Libre escogencia de entidades que prestan el servicio

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

DERECHO AL TRASLADO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Requisitos de permanencia

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

DERECHO DE ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental

Referencia: Expedientes Acumulados T-1683850 y T-1684657.

Accionantes: Maria Amparo Montaña, Alonso Arias Betancourt.

Accionados: Humanavivir y Otro, Seguro Social EPS.

Fallo objeto de Revisión: Juzgado Doce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín y Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, Valle (no impugnadas), respectivamente.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy

Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Pretensión de los accionantes.

La señora Maria Amparo Montaña¹ presentó acción de tutela contra Humanavivir y Susalud EPS, por considerar que tales entidades han amenazado sus derechos y los de su hija menor de edad a la salud, vida, integridad, libertad e igualdad. Aducen que Humanavivir no ha autorizado el traslado de su grupo familiar a la EPS Susalud, - al que alega tener derecho en los términos de ley -, impidiéndosele a ella y a su grupo familiar, acceder a los servicios del POS; estima que esta situación pone en peligro los derechos invocados, teniendo en cuenta que su hija padece de asma y ella tiene una afección de la tiroides que debe ser tratada, y hasta el momento, a pesar de estar cotizando en debida forma, han sido excluidas de los servicios de salud del Plan Obligatorio por las dos entidades acusadas. Solicita por lo tanto, que se haga efectivo su traslado a Susalud EPS y que se les permita acceder a los servicios médicos básicos a los que tienen derecho.

1.2. Caso T-1684657

El señor Alonso Arias Betancourt, -ciudadano de 62 años de edad con problemas cardiacos-, considera que el Seguro Social ha puesto en peligro sus derechos a la integridad, a la salud en conexidad con vida y su derecho a la libre elección, al negársele un traslado previamente autorizado por esa entidad desde noviembre de 2006 a la EPS Saludcoop, con el argumento de que el Seguro Social había suspendido ese derecho para todos sus afiliados debido a la revocatoria de su certificado de funcionamiento como EPS, hasta tanto se cree y entre operar la nueva entidad que prestará el servicio correspondiente. El actor solicita que se le respete y autorice su traslado a Saludcoop EPS, porque: (a) cumple los requisitos de ley; (b) su solicitud de cambio de EPS fue avalada por Saludcoop EPS y el ISS desde noviembre de 2006, esto es antes de cualquier directriz en contrario del Seguro Social en el 2007; (c) inició un tratamiento de hipertensión con ocasión de un preinfarto que sufrió en Saludcoop EPS, entidad que lo estaba atendiendo en debida forma y le estaba realizando el tratamiento; y (d) el Seguro Social no tiene servicios del nivel que él requiere en el municipio de Sevilla, Valle,

en donde reside. En mérito de lo anterior, exige que se le permita continuar con su vinculación a Saludcoop y que se desestime la decisión del Seguro Social de negar su traslado por las razones indicadas.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. Caso T-1683850.

2.1.1. Respuesta de Susalud EPS.

Susalud EPS afirmó en su defensa, que la peticionaria y su hija hicieron parte de esa entidad como miembros del grupo familiar del señor Juan Bautista Betancur desde octubre de 2006, y por un término de un mes solamente. En efecto, como Humanavivir EPS no autorizó su traslado de manera definitiva, esa EPS debió respetar la decisión de esa entidad y no pudo proceder a acreditar la afiliación de esas usuarias, que todavía están activas en la base de datos de Humanavivir EPS. Por lo tanto, le corresponde a esa entidad asumir y responder por los servicios de salud correspondientes. Señala entonces esa EPS, que hasta tanto Humanavivir EPS no expida la autorización para el traslado, Susalud EPS no puede reconocer la afiliación de la peticionaria y de su núcleo familiar. Además, las razones que motivaron a Humanavivir EPS a negar el traslado, deben ser acreditadas por esa específica entidad. De esta forma y por las razones indicadas, Susalud EPS concluye que no ha puesto en peligro los derechos a la salud, libertad o igualdad de la accionante y de su núcleo familiar.

2.1.2. Respuesta de Humanavivir EPS.

Humanavivir EPS por su parte, envió extemporáneamente su contestación. El escrito no pudo ser tenido en cuenta por el juez de instancia debido a que se allegó con posterioridad a la sentencia de primera instancia.

2.2. Caso T-1684657.

2.2.1. Respuesta del Seguro Social.

Para el Seguro Social, no hay vulneración de los derechos fundamentales del señor Alonso Arias Betancourt, dado que le están prestando adecuadamente los servicios médicos del nivel que él requiere en el Hospital Centenario de Sevilla, Valle. La decisión de no autorizar

su traslado a Saludcoop EPS, está fundada además, en la normativa expedida por la Superintendencia Nacional de Salud sobre el particular y el Decreto 055 de 2007.

En efecto, sostiene el Seguro Social que mediante Resolución No 028 del 15 de enero de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud decidió revocar el certificado de funcionamiento como EPS otorgado a esa entidad, actuación que fue confirmada mediante Resolución No 263 de marzo de 2007. De acuerdo con tales actos, “el grupo poblacional afiliado a la EPS del ISS continuará recibiendo de ella los servicios a que tienen derecho hasta tanto se garantice su traslado efectivo a una o varias EPS nuevas o existentes según sea el caso, en los términos del Decreto 055 de 2007 o las normas que modifiquen, contemplen o adicionen”. Por tal razón, la entidad concluye que como está suspendido por el momento el derecho a la movilidad de sus afiliados dentro del sistema, hasta tanto emerja la nueva EPS que va a reemplazar los servicios que esa entidad presta, - cuando se defina la situación jurídica de esa nueva entidad en atención al Decreto 055 de 2007 -, se le dará a los afiliados del Seguro Social un término de 45 días para que escojan la nueva entidad a la que desean trasladarse, situación que a juicio de esa EPS justifica la negativa de traslado del peticionario.

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. Caso T-1683850.

3.1.1. El señor Juan Bautista Betancur Puerta, - cotizante del grupo familiar al que pertenece la señora Maria Amparo Montaña y su hija Claudia, en calidad de beneficiarias -, es pensionado del FOPEP y afiliado a la EPS Humanavivir2 desde el 20033. Solicitó a esa entidad su traslado a Susalud EPS en el 2006, alegando mal servicio4. El paso a la nueva entidad, no obstante, le fue denegado por Humanavivir, sin que esa entidad presentara razones específicas para su decisión negativa5. En comunicación del 31 de octubre de 2006, Susalud EPS le informó al señor Juan Bautista Betancur que el resultado del proceso de movilidad era negativo, porque el traslado no había sido autorizado por Humanavivir EPS. No obstante esa entidad no explicó el por qué de la decisión6.

3.1.2. En noviembre 14 de 2006, Susalud EPS certifica que el señor Juan Bautista Betancur, como jefe de grupo familiar mencionado, estuvo vinculado a esa EPS desde el primero de octubre de 2006 hasta el 30 de octubre de 2006 y que fue desafiliado por traslado no aceptado. Según ese documento, el estado de la afiliación con la entidad a esa fecha era:

“no puede acceder a los servicios del POS”⁷. Humanavivir EPS por su parte, el 14 de noviembre de 2006, certifica que el cotizante y su núcleo familiar se afiliaron a esa entidad en mayo de 2003 y se retiraron de esa EPS en febrero de 2006. El estado de afiliación que se indica para ese núcleo familiar es: “Retiro por Novedad”⁸.

3.1.3. En atención a esta situación, el señor Betancur Puerta presentó acción de tutela contra Humanavivir EPS en diciembre de 2006. Esa actuación, sin embargo, fue decidida negativamente por el fallador de la tutela en esa oportunidad, por carencia actual de objeto. Según información aportada al proceso por Humanavivir EPS, esa entidad afirmó haber resuelto la situación y realizado los ajustes correspondientes con Susalud EPS, mediante Acta PR7592006 del 17 de noviembre de 2006, en donde afirma que Susalud asumiría en adelante la responsabilidad de ese grupo familiar. El fallador de instancia consideró entonces que a partir de esa fecha y en virtud de esa información, los peticionarios se verían cobijados por los servicios médicos de Susalud EPS⁹. El 15 de diciembre de 2006, Humanavivir EPS informó al señor Juan Bautista Betancur Puerta, en consecuencia, lo siguiente: “Se procedió a dar alcance al acta de definición PR7592006 del día 17 de noviembre de 2006 con la EPS Susalud, para que se efectuó el ajuste correspondiente y sean ellos quienes brinden a usted y a sus beneficiarios, los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud” (Carta. Folio 30, libro 1).

3.1.4. Ahora bien, el esposo de la señora Montaña viajó a Estados Unidos por un periodo corto de tiempo, y tanto ella como su hija menor¹⁰ se encontraron con que Susalud EPS les negó nuevamente la prestación de los servicios médicos supuestamente reconocidos desde noviembre de 2006, bajo el argumento de que el traslado de EPS no había sido finalmente autorizado por Humanavivir. Por tal razón, decidieron interponer una nueva tutela fundada en esta nueva denegación del servicio, dado que ninguna de las dos entidades a la fecha de interposición de la acción, - junio de 2007 -, les quiso prestar el tratamiento médico requerido, ni a ella, que tiene problemas de tiroides, ni a su menor hija que sufre de asma, a pesar de estar cotizando debidamente al POS¹¹.

3.1.5. En comunicado expedido en abril 16 de 2007, Susalud EPS certifica sobre el estado del núcleo familiar en el Sistema y su situación particular a la fecha, lo siguiente:

“Estado de la Afiliación: No puede acceder a los servicios del POS.

Causa Estado de Afiliación: Desafiliado por traslado no aceptado.

Fecha de Ingreso a Susalud: 01-10-2006

3.1.6. Por su parte, en contestación extemporánea a la presente tutela, Humanavivir EPS12, informó lo siguiente:

“(…) Humanavivir EPS al revisar sus bases de datos pudo establecer que Juan Bautista Betancur y su grupo familiar NO SON NUESTROS USUARIOS, en virtud de que el ACCIONANTE SE ENCUENTRA RETIRADO Y AUTORIZADO SU TRASLADO para la EPS SUSALUD, conforme al acta No PR75920006 del 17 de noviembre de 2006.

Como lo establece el ordenamiento jurídico, Humanavivir EPS, publicó en el diario el Colombiano el sábado 14 de octubre de 2006, una notificación informando del cierre de operaciones en el departamento de Antioquia y que los usuarios serían trasladados a Colmédica EPS y que contaban con 45 días para elegir otra EPS o si no serían cedidos automáticamente (...). Adicionalmente Humanavivir EPS no se encuentra brindando servicios en la ciudad de Medellín, lo anterior, por cuanto se realizó cierre de operaciones en esa entidad territorial”. (Subraya fuera del original).

3.1.7. Por lo tanto, ninguna de las dos entidades está prestando los servicios médicos del POS al núcleo familiar enunciado, y Humanavivir EPS ni siquiera se encuentra brindando sus servicios en la ciudad de Medellín.

3.2. Caso T-1684657

3.2.1. El señor Alonso Arias Betancourt se encuentra afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde agosto 26 de 1995 en calidad de pensionado13.

3.2.2. El actor presentó en noviembre de 2006 solicitud de traslado del Seguro Social a Saludcoop EPS, empresa promotora que en diciembre de 2006 le comunicó al actor lo siguiente: “En esta oportunidad nos permitimos informarle que en virtud de lo estipulado en el Decreto 1703 de 2002 procedimos a notificar al ISS, su actual Entidad Promotora de Salud, acerca de su solicitud de trasladarse con nosotros, ante lo cual esa EPS nos informó que dicha solicitud de traslado es autorizada y a partir del próximo 2007, 01, 01 recibiremos el monto de sus cotizaciones y seremos los responsables de la prestación de los servicios de

salud suyos y de su grupo familiar”. (Constancia. Folios 3 y 26, cuaderno 1. Subrayas fuera del original).

3.2.3. Saludcoop EPS, en febrero de 2007, sin embargo, le informó al peticionario que se encontraba reportado en el Sistema como multiafiliado por vinculación simultánea en Saludcoop y el Seguro Social, por lo que en adelante el ISS “ser[ía] la entidad responsable de garantizar la prestación del servicio a cada uno de los usuarios mencionados” y por lo tanto es allí “donde deberá seguir realizando los aportes en salud”¹⁴.

3.2.4. Según varios formularios adjuntos al expediente, el actor fue remitido por el Seguro Social al Hospital Departamental Centenario de Sevilla, en el 2006, en donde le abrieron Historia Clínica y le revisaron su evolución clínica¹⁵. El actor sin embargo, adjuntó fórmulas médicas de Saludcoop EPS de febrero, mayo y junio de 2007, en las que le hacen entrega de medicamentos para su dolencia cardiaca y refieren que está siendo atendido por su enfermedad¹⁶. El Hospital Departamental Centenario de Sevilla, certificó el 30 de mayo de 2007, lo siguiente: “(...) revisada la Historia Clínica del Señor Alonso Arias (...), aparece atendido en nuestra institución como afiliado del Seguro Social en las siguientes fechas: 1. El 7 de octubre de 2006, consulta medicina general por urgencias.// 2 El 27 de noviembre consulta medicina general y // el 26 de diciembre de 2006, consulta especializada de medicina interna. (...) Después del 26 de diciembre de 2006, no aparecen otras atenciones del paciente”. (Folio 28, libro 1).

3.2.5. El demandante sostiene que se le está negando la posibilidad de continuar su tratamiento en Saludcoop EPS y que la decisión del Seguro Social es infundada, porque su solicitud de traslado es anterior a los actos administrativos que impiden la movilidad de las personas afiliadas al Seguro Social, por lo que solicita que se le respete el traslado autorizado por el Seguro Social.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión (única instancia).

4.1. Caso T-1683850.

El Juzgado Doce Penal Municipal con funciones de control de Garantías de Medellín, el 16 de junio de 2007, declaró improcedente la tutela de la referencia, fundado en los siguientes argumentos:

- La señora Maria Amparo Montaña, en su calidad de beneficiaria de su esposo, el señor Juan Bautista Betancur Puerta, no ha reunido todos los requisitos para trasladarse de Humanavivir EPS a Susalud EPS, dado que la primera entidad le negó el traslado, situación que debió haberse producido por razones de orden legal. Por lo tanto, no existe vulneración de ningún derecho fundamental de los accionantes, ya que si lo desea, puede intentar nuevamente su traslado pero atendiendo las condiciones de ley.

- Además, el cotizante y su grupo familiar aún continúan afiliados a Humanavivir EPS, y el FOPEP como empleador, está cancelando esos dineros a esa entidad, por lo que no hay amenaza o violación de los derechos de la peticionaria o de su núcleo familiar, ya que la familia puede acceder libremente a los servicios de salud que presta esa entidad.

4.2. Caso T-1684657.

El Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, Valle, el 7 de junio de 2007, denegó las pretensiones del actor, por considerar que éste cuenta con la justicia ordinaria para ventilar sus conflictos contra la EPS del Seguro Social y por estimar que no existe perjuicio irremediable alguno en contra del actor, que justifique la tutela. A juicio del fallador, el Seguro Social le está prestando el tratamiento médico al ciudadano a través del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, Valle, por lo que no existe afectación alguna de los derechos fundamentales invocados.

El demandante por su parte, - en un escrito presentado al juez de instancia en el que solicita la remisión del proceso a la Corte Constitucional -, afirma lo siguiente: “[N]o creo que para mi status de pensionado en que estoy cotizando mensualmente una cantidad, se me de la posibilidad de escoger una EPS. La alternativa del hospital que usted, señora Jueza, me ofrece como solución no viene al caso, ya que puedo obtener [los servicios del Hospital] sin necesidad de estar cotizando (...). Como cotizante tengo derecho a una EPS y el hospital no es una EPS (...). Hace cerca de año y medio el Seguro Social me programó dos cirugías en la ciudad de Pereira y por circunstancias ajenas a mí, éstas se fueron prorrogando hasta que se hicieron casi imposibles. Hoy en día tuve que hacérmelas por mi cuenta. En este momento me tienen en el limbo hasta el punto en que no sé a que EPS pertenezco y qué derecho tengo. Entiendo que la Corte Constitucional defiende que el que se halle en este dilema debe ser atendido por la EPS donde fue atendido últimamente, pero debe ir con carta de

aceptación de la misma. (...) Si ese despacho considera improcedente hacer lo pertinente para solicitar mi traslado de EPS, ruego a la señora Juez me diga a qué instancia debo acudir para solicitarlo o que se haga remisión a la Corte Constitucional de la tutela". (Folio 48, cuaderno 1).

- Mediante Auto de Sustanciación No 0332 de junio 20 de 2007, el juzgado de instancia aclaró la sentencia anterior indicando que la competencia para conocer de los casos relacionados con la seguridad social corresponde a la justicia ordinaria del trabajo, de acuerdo con el "artículo 2 del C.P.T y S.S.". (Folio 51, libro 1).

5. Consideraciones previas. Trámite y pruebas en sede de revisión.

5.1. Mediante Auto del 14 de diciembre de 2007, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional¹⁷ solicitó pruebas a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de Protección Social con el propósito de establecer para el caso del señor Alonso Arias Betancourt, si esas entidades tenían prevista una fecha clara y definitiva para la creación y consolidación de la nueva EPS estatal que recibiría a los afiliados del Seguro Social, así como el término de duración eventual de la suspensión de la movilidad en que se encontraban los usuarios del ISS y si existía un plan de contingencia que permitiera los traslados dentro del sistema, mientras se definía la situación particular del Seguro Social EPS.

5.2. Con ocasión de dicha solicitud, la Superintendencia Nacional de Salud respondió el 21 de enero de 2008¹⁸, lo siguiente:

"Respecto a dicho interrogante debe manifestar la Superintendencia (...) que cuando esta entidad tomó la decisión de revocarle al Instituto de los Seguros Sociales mediante la Resolución No 028 de 15 de enero de 2007 la licencia de funcionamiento como entidad promotora de salud, el derecho de traslado de aseguradora no sufrió mayor restricción, debiendo ser autorizadas todas aquellas solicitudes que cumpliendo con los requisitos legales, hubieran sido presentadas antes de que la decisión adoptada por la Superintendencia adquiriera firmeza, esto fue hasta el día 18 de julio de 2007.

Luego de que la Resolución No 028 del 15 de enero de 2007 quedó ejecutoriada, la movilidad de los usuarios quedó sujeta a lo previsto sobre la materia en el Decreto 55 del 15 de enero de 2007, modificado por el Decreto 2713 de 2007, el cual estableció [el procedimiento de

afiliación a prevención¹⁹]. (...)

Quedando entonces la movilidad de los usuarios del Instituto de Seguros Sociales, sujeta al traslado a prevención que se efectúe. La Superintendencia (...) en su momento se pronunció sobre el particular, mediante la Resolución No 263 de 2007, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición presentado contra la resolución 028 de 2007, (...) advirtiendo que el Seguro Social debía continuar garantizando la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, momento en el que se anotó lo siguiente: “DISPONER que, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente y con el CONPES (...) el grupo poblacional afiliado a la EPS del ISS continuará recibiendo de ella los servicios a que tiene derecho hasta tanto se garantice su traslado efectivo a una o varias EPS nuevas o existentes según sea el caso, en los términos del decreto 055 de 2007 o las normas que lo modifiquen, complementen o adicionen.

Siendo así las cosas, y estando el derecho de libre elección pendiente para ser ejercido dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al traslado que se efectúe a prevención, la Superintendencia Nacional de Salud se ha ocupado de adelantar un seguimiento mensual al ISS para de esa forma garantizar que la atención a los afiliados sea óptima mientras se surte el traslado al que se hizo referencia”. (Subrayas fuera del original).

En el caso de las Cajas de Compensación Familiar que se agruparon para crear la Nueva EPS S.A., que reemplazará al ISS, se tiene que ellas presentaron solicitud de autorización de funcionamiento ante la Superintendencia Nacional de Salud el 9 de octubre de 2007. Como resultado del análisis de los requisitos legales exigidos, se le comunicó a la Nueva EPS el 12 de octubre de 2007, que no era posible concederle la autorización para administrar los recursos del Sistema, por inobservancia de los requisitos mínimos que exige la ley²².

El 17 de diciembre de 2007, la Nueva EPS S.A. radicó ante la Superintendencia, información tendiente a corregir los inconvenientes que habían originado la negativa de autorización de funcionamiento, información que fue complementada los días 10 y 16 de enero de 2008. Del análisis realizado, se observó que no se acompañaron los soportes necesarios para sustentar las afirmaciones efectuadas, situación que se le informó al representante legal de la Nueva EPS junto con otras observaciones preliminares, el 18 de enero de 2007.

Con fundamento en estos hechos, concluyó ese organismo de control, lo siguiente:

“Como es posible advertir, la Superintendencia Nacional de Salud, se ha ocupado de analizar la información presentada, con celeridad y de la manera más cuidadosa posible, sin que hasta el momento, sea posible referirnos con certeza a la fecha en que será autorizada para funcionar la Nueva EPS S.A., al depender dicha decisión de la diligencia con que la nueva EPS acredite los requisitos mínimos para operar”. (Subrayas fuera del original).

5.4. El Ministerio de Protección Social, por su parte, afirmó en lo referente a las inquietudes de la Corte²³ que:

- El Decreto 055 de 2007, modificado por el Decreto 2713 del mismo año, en su artículo 4º, dispuso el mecanismo de traslado excepcional de afiliación a prevención, entendido como el traslado en bloque de todos los afiliados de la EPS por revocatoria de la autorización de una entidad promotora de salud pública o donde el Estado tenga participación, para que se les garantice la continuidad en la prestación de los servicios de salud a los afiliados. Surtido el traslado, y en virtud del derecho a la libre elección, el afiliado puede moverse a cualquier otra entidad. Esas normas prevén que la EPS objeto de la medida de revocatoria, cuenta con un término máximo de ocho (8) meses, a partir de la fecha en que queda en firme el respectivo acto administrativo, como “plazo máximo para que el traslado a prevención se produzca y entre a operar la nueva EPS, [que] es el 1º de mayo de 2008”. Momento a partir del cual es posible, dentro de un término, ejercer el derecho a la libre escogencia (Art. 4º del Decreto 055 de 2007), que ocurre 45 días después del último aviso a los afiliados²⁴.

A su vez, manifestó el Ministerio que el mecanismo de la “afiliación a prevención”, es una actividad reglada, regulada mediante los Decretos 055 y 2713 de 2007. El término a prevención, caracteriza la naturaleza de la afiliación que se realiza, pues se refiere a un instante de interinidad mientras el afiliado adopta su decisión, con el fin de evitar que los afiliados queden desprotegidos. Por lo tanto, ese mecanismo “en nada vulnera el derecho a la libre escogencia que a favor de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud consagró la Ley 100 de 1993”, en la medida en que “una interpretación simplista de la libre escogencia descansaría todo el peso de la misma en la decisión del usuario pero, sin duda, este derecho sólo puede ser realizado en el momento en que subyace un ambiente adecuado para su ejercicio. De lo contrario, estaríamos en presencia de un claro eufemismo de libertad de elegir sin libertad en (sic) los que se puede elegir”.

Por ende, según ese Ministerio, en condiciones normales de operación del Sistema, el traslado se produce cuando luego de transcurrido un periodo legal mínimo de permanencia, el afiliado decide libremente cambiar de EPS y elige a otra para que continúe prestándole los servicios de aseguramiento, o antes, si existen deficiencias en el servicio. El problema surge en aquellos casos en los que la EPS entra en una circunstancia que le impida continuar en el Sistema. Con la expedición de los Decretos 055 y 2713 de 2007, entonces, se previeron esa serie de eventualidades, en su mayor parte relacionadas con el traslado de afiliados y con las condiciones especiales de permanencia en la entidad, por lo que según el Ministerio: "(...) cuando surgen situaciones que afectan la solidez o permanencia de una Entidad Promotora de Salud, el Estado interviene para reestablecer la libre elección y, por sobre todo, garantizar la continuidad en la prestación de los servicios esenciales que involucran el aseguramiento en salud, intervención que genera un mayor cuidado en el traslado, y por ese rigor, una necesaria excepción a las condiciones generales de libre elección". (Subrayas fuera del original).

Por lo tanto, concluye el Ministerio, el traslado a prevención es una fórmula totalmente excepcional, que permite atender estas situaciones, respetando el derecho a la libre elección de los usuarios, hasta tanto se produzca el traslado que les permita ejercerlo eficazmente.

5.5. Por último, en el caso de la señora Maria Amparo Montaña, resalta la Sala a su vez, que el 14 de enero de 2008, se recibió comunicación vía fax del señor Juan Bautista Betancur Puerta, quien informó a esta Corporación que ni él ni su grupo familiar habían sido atendidos por Saludcoop EPS hasta la fecha, y que los dineros correspondientes a la cotización en salud estaban siendo girados por parte del FOPEP a la empresa en la que aparecían reportados, esto es Humanavivir, concluyendo que ninguna de las dos entidades les había dado atención alguna dentro del POS, desde finales del 2006.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política; el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36 y el Auto del 24 de agosto de 2007 de la Sala de Selección de Tutela No. 8 de la Corte Constitucional, que además acumuló los

expedientes de la referencia, en sede de revisión.

2. El Problema Jurídico.

Corresponde a esta Sala de Revisión establecer, (i) si procede o no la tutela en los casos de la referencia, teniendo en cuenta que uno de los argumentos propuestos por un fallador de instancia, indica que existe otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral, y que no se configura un perjuicio irremediable que justifique la tutela. (ii) sobre la base de la pertinencia de la tutela como mecanismo de protección, deberá la Sala establecer si la negativa de las EPS de autorizar el traslado mencionado, amenaza o no los derechos fundamentales de los demandantes y de su núcleo familiar a la salud en conexidad con vida, integridad personal, igualdad y/o libertad, en circunstancias en que las EPS enunciadas niegan la posibilidad del traslado, invocando no ser responsables de la atención de esas familias o haberse acogido a la ley para la toma de la decisión negativa de movilidad, respectivamente.

Con el propósito de responder estas inquietudes, revisará la Sala como temas jurídicos relevantes (i) la acción de tutela como medio de defensa judicial y (ii) el derecho a la libre elección y movilidad entre Entidades Promotoras de Salud. Una vez estudiados estos asuntos y la jurisprudencia constitucional correspondiente, examinará la Corte las situaciones específicas objeto de revisión.

3. Consideraciones generales.

3.1. La acción de tutela como mecanismo de defensa judicial.

Desde esta perspectiva, la mera concurrencia de otro medio de defensa judicial alternativo no hace improcedente la tutela. Se requeriría que el mecanismo alternativo fuera apto y eficaz para que hacer innecesario acudir al amparo constitucional, y en todo caso, que aún siendo un mecanismo idóneo de defensa, se estuviere ante un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción constitucional.

3.1.2. En los casos que ocupan a la Sala, existen acciones ordinarias ante la jurisdicción laboral y recientemente ante la Superintendencia Nacional de Salud²⁶ que permitirían a los usuarios dirimir las controversias suscitadas entre ellos y las EPS demandadas, por razones

de traslado, libre elección o multifiliación dentro del Sistema. Como puede advertirse, dado que las tutelas fueron presentadas por los accionantes en el primer semestre del 2007²⁷, es decir, bajo la vigencia de la Ley 1122 de ese mismo año²⁸ que consagró las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, podría alegarse que en los casos objeto de estudio existe un mecanismo de protección específico establecido por el legislador para la solución de ese tipo de conflictos, que haría de la tutela un mecanismo de protección subsidiario.

No obstante, si bien las acciones jurisdiccionales de la Superintendencia han sido avaladas recientemente por la Corte Constitucional bajo el supuesto de que no afectan el principio constitucional de la independencia e imparcialidad judicial, tales acciones pueden carecer, en concreto, de la efectividad necesaria para la protección inmediata de derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de la referencia. Lo anterior resultaría particularmente cierto, en situaciones como las que aquí se debaten, en las que se encuentra amenazado el derecho fundamental a la salud de una menor de edad, a quien aparentemente se le ha negado el acceso al POS por más de dos años, y el derecho a la salud en conexidad con la vida de un señor de 62 años de edad con problemas cardíacos, que afirma estar en tratamiento en la EPS a la que se trasladó y no contar con una atención del nivel que requiere por parte del ISS, que ha suspendido la movilidad de sus usuarios²⁹.

Por consiguiente, esta Corporación advierte que en los casos objeto de estudio concurren situaciones particulares que autorizan el desplazamiento de la actuación jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud y de otros medios ordinarios de protección ante la jurisdicción laboral, y permiten la procedencia de las acciones de tutela. Además, al ser algunos de los usuarios, sujetos de especial protección constitucional, y existir situaciones que al parecer se han perpetuado en el tiempo sin solución, la Corte estudiará de fondo las actuaciones constitucionales señaladas en las circunstancias propuestas.

3.2. El derecho a la libre elección entre Entidades Promotoras de Salud.

3.2.1. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio a cargo del Estado, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad³⁰, cuya prestación - sea en forma directa o a través de entidades privadas -, está sometida a la vigilancia y control del Estado (Arts. 48, 49, 365 de la CP). Es además, desde una perspectiva dogmática, un derecho

irrenunciable (Art. 48 C.P.). Como mandato prestacional, el derecho a la seguridad social en salud requiere de un desarrollo legal efectivo, de la apropiación de recursos y la ejecución de procesos programáticos para su consolidación y exigibilidad. Así, cuando de la afectación del derecho a la salud se vulneran o amenazan derechos fundamentales, ese derecho participa del rango de fundamental por conexidad³¹, y puede gozar de amparo por vía de tutela, atendiendo cada circunstancia específica³².

3.2.2. Para asegurar el derecho a la seguridad social en salud, el artículo 49 de la Carta³³ garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. El acceso a la seguridad social es un componente esencial del derecho constitucional, previsto en la Ley 100 de 1993³⁴ como una de las múltiples prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SG-SSS). Según jurisprudencia de esta Corporación, comprende no sólo la incorporación al Sistema y a su cobertura³⁵ sino también la permanencia y garantía de traslado de los afiliados³⁶ dentro del Sistema. Tal acceso, parte de la libre escogencia o elección de EPS (Art. 153 de la Ley 100 de 1993)³⁷, cuyo soporte constitucional se deriva de los derechos a la libertad y a la dignidad humanas entendidos desde la perspectiva de la autonomía individual (Art. 16 CP).

La regla de libre elección garantiza a todos los usuarios del SGSSS el poder escoger libremente entre las diferentes entidades que ofrecen la administración y prestación de los servicios de salud, según las condiciones de oferta, permitiendo que la movilidad o traslado entre EPS pueda realizarse también libremente, atendiendo los requisitos de ley. Los artículos 156, literal g³⁸, y 159 de la Ley 100 de 1993, numeral 339, reconocen como garantías de los afiliados, la libre escogencia y traslado entre EPS, de conformidad con la ley y con los procedimientos que fije el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas por el legislador. Incluso a nivel reglamentario, el artículo 45 del Decreto 806 de 1998 señala 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.”⁴⁰ (Subraya fuera del original).

Por las razones expuestas se concluye que el principio a la libre escogencia de EPS que se deriva de la legislación enunciada, además de ser (i) una regla del servicio público de salud y (ii) un principio rector del SGSSS, es (iii) un derecho con el que cuentan los afiliados al

sistema de escoger libremente una EPS o de trasladarse a otra en los términos previstos por la ley; derecho que además resulta correlativamente exigible a las EPS, y cuya omisión puede llegar a ser sancionable en los términos del artículo 230 de la Ley 100 de 1993⁴¹. En efecto, en virtud del artículo 183 de la Ley 100 de 1993 al que hace referencia el artículo 230 de esa Ley, están prohibidos “todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. El propósito es crear un sistema de salud eficiente y de calidad, que aunado a la libre competencia económica y a la libertad de elegir de los usuarios, permita suponer que los recursos del Sistema se entregarán preferentemente a las entidades promotoras de salud que presten los mejores servicios a sus afiliados⁴².

3.2.3. Ahora bien, los derechos y garantías del SGSSS no tienen en general un carácter absoluto⁴³. El derecho a la libre escogencia, de hecho, ha sido objeto de una regulación jurídica que impone el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos para que pueda ejercerse de forma razonable por los usuarios. La movilidad de los afiliados al SGSSS, de una Entidad Promotora de Salud a otra de su elección, se encuentra limitada entonces por las reglas que para el efecto establecen los Decretos 806 de 1998, 1485 de 1994, 1406 de 1999 y 047 del 2000, de los que se derivan las siguientes reglas jurídicas:

(i) El derecho a la libre escogencia, de acuerdo a la ley, es la facultad que tiene un afiliado de seleccionar entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio⁴⁴. El derecho a la libre escogencia se extiende a las IPS, salvo las restricciones que existan por limitaciones en la oferta de servicios, debidamente acreditadas ante la Superintendencia Nacional de Salud⁴⁵.

(ii) El traslado entre entidades administradoras está sujeto al cumplimiento de los requisitos de permanencia que establecen las normas que reglamentan el Sistema⁴⁶. Uno de ellos es el término para que se autorice el traslado de EPS en el régimen contributivo, que a partir del año 2002, exige como regla general, una permanencia mínima de 24 meses (continuos o discontinuos) en la misma EPS, con los respectivos pagos durante ese tiempo, sin perjuicio del traslado excepcional por falla en el servicio⁴⁷. Sin embargo, existen excepciones: (a) los beneficiarios que hayan sido incluidos en una fecha diferente a la afiliación del cotizante, deben cumplir 24 meses (continuos o discontinuos) de permanencia, para que se autorice el

traslado del cotizante, salvo que alguno de los beneficiarios haya nacido estando afiliado el cotizante a la EPS de la cual desea retirarse⁴⁸; (b) quien haga uso de los servicios organizados por las EPS para atender procedimientos de alto costo “deberá permanecer por lo menos dos años después de culminado el tratamiento, en la respectiva Entidad Promotora de Salud, salvo mala prestación del servicio”⁴⁹; (c) El derecho a la movilidad de las personas que se encuentren en periodos de incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, no puede ejercerse sino hasta el día siguiente a aquel en que termine la licencia o incapacidad, e igual ocurre si la persona se encuentra interna en una entidad hospitalaria, en procedimientos de alta complejidad⁵⁰; y (d) según el Decreto 1406 de 1999, artículo 43, el traslado de un afiliado independiente que se haya retirado de una EPS, adeudando sumas por concepto de cotizaciones o copagos, se hará efectivo sólo a partir del momento en que el afiliado cancele sus obligaciones pendientes con el SGSSS a la entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliado; (e) lo anterior se aplica igualmente a los afiliados dependientes que se trasladen sin haber cancelado sus obligaciones pendientes con el sistema, por concepto de copagos o cuotas moderadoras⁵¹.

3.2.4. El traslado produce efectos, en general, un día calendario después de transcurridos dos meses desde la fecha de presentación de la solicitud de traslado, efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad⁵². La solicitud de traslado se debe formular ante la nueva EPS. La Entidad Promotora de Salud a la cual se traslade el afiliado deberá notificar tal hecho a la anterior⁵³. El primer pago de cotizaciones que se deba realizar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá adelantar ante la nueva EPS una vez el afiliado queda cubierto por esa nueva entidad⁵⁴.

Las Empresas Promotoras de Salud está autorizadas a realizar traslados excepcionales de usuarios en los términos del párrafo 3º del artículo 5º del Decreto 047 de 2000, modificado por el artículo 10 del Decreto 055 de 2007, cuando se trate de traslado obligatorio a otras EPS de la región.

3.2.5. Sumado a las anteriores previsiones legales, jurisprudencialmente se ha dicho que la decisión de traslado de una EPS a otra no puede afectar la continuidad del servicio público de

salud, correspondiendo a la EPS de la que se retira el trabajador prestar la atención médica hasta el día anterior a la vigencia de la nueva relación contractual⁵⁵. En consecuencia, la movilidad de una EPS a otra no puede suponer la suspensión o interrupción de la prestación de los servicios médicos⁵⁶. Desvirtuar esta garantía, lesiona no sólo la continuidad del servicio, -que es uno de los atributos de la eficiencia de un servicio público⁵⁷- sino los derechos mismos involucrados.

En el mismo sentido, según el artículo 48 del Decreto 806 de 1998, una persona no puede estar afiliada más de una vez al Sistema de Seguridad Social en Salud, en la medida en que ello genera distorsiones en la sostenibilidad del sistema. Por lo tanto, en situaciones en las que un traslado indebido de EPS de lugar a la multifiliación, el artículo 50 del Decreto 806 y la jurisprudencia constitucional han previsto que: (i) cuando el afiliado cambie de Entidad Promotora de Salud antes de los términos establecidos en la ley, sólo será válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales; (ii) si la doble afiliación no obedece a un error imputable al afiliado que solicitó su traslado, se tendrá como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó; (iii) si una persona se encuentra inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado; y (iv) en ningún caso la múltiple afiliación de una persona al sistema de salud autoriza a las EPS a cancelar su vinculación de manera unilateral y sin que previamente se defina a qué EPS el afectado continuará afiliado⁵⁸. Dentro del trámite tendiente a resolver el problema de la múltiple afiliación se deberá garantizar además, el derecho al debido proceso de los afectados y su derecho de defensa.

3.2.6. En mérito de lo anteriormente expuesto, concluye la Sala que son ajenas al principio de libre escogencia amparado por la Carta⁵⁹, aquellas conductas encaminadas a impedir, restringir o condicionar la voluntad de los usuarios del SGSSS que deseen trasladarse a otra EPS, fuera de las exigencias legales señaladas para el efecto.

Sin embargo, en materia de movilidad dentro del SGSSS, los requisitos previstos en la normatividad anterior no pueden imponerse al afiliado cuando exista “una mala prestación o suspensión del servicio” como lo reconoce la ley, ya que tales restricciones no pueden ser aplicables cuando lo que se busca es preservar la vida o la salud del afiliado en condiciones dignas y justas⁶⁰. En tales casos, el usuario deberá explicar que el motivo generador de su traslado es la indebida prestación del servicio que alega, circunstancia que impedirá que la

EPS correspondiente oponga los periodos mínimos de permanencia del sistema como criterios para negar la posibilidad de traslado de una EPS.

3.2.7. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha considerado -con fundamento en una interpretación sistemática de la Carta-, que el principio de libre escogencia de EPS descrito y su relación con el acceso a la Seguridad Social en Salud, puede adquirir válidamente en un caso concreto el carácter de derecho fundamental por conexidad, cuando se encuentra de por medio la vulneración o amenaza de los derechos a la libertad individual, la igualdad y la vida⁶¹ humana, teniendo en cuenta que en un Estado Social y Democrático de derecho fundado en la dignidad, toda persona tiene derecho a tomar decisiones determinantes en su vida, entre las que se encuentran las relacionadas con la selección de la EPS a la que una persona confiará el cuidado de su salud, vida e integridad personal⁶². Igualmente ha dicho esta Corte, “que el ejercicio del derecho a la libre escogencia, comporta una garantía básica para asegurar el derecho fundamental de acceso a la Seguridad Social, y permitir que este último se materialice en una prestación regular, continua, oportuna y eficiente de los servicios médicos que requieran los afiliados y que se encuentren incluidos en el POS”.

Por lo tanto, en aquellos circunstancias en las que el no acceso a la salud o la falta de prestación idónea y oportuna de un servicio, la no entrega de medicamentos o la no realización tratamientos, con ocasión de la violación de las reglas de movilidad o traslado de EPS, amenacen o vulneren derechos a la vida, integridad, igualdad, libertad u otros derechos fundamentales de las personas, ciertamente el derecho a la salud en conexidad con tales derechos fundamentales es susceptible de protección constitucional por vía de tutela.

En suma, el derecho a la libre escogencia de EPS en el SGSSS tiene como soporte constitucional la dignidad humana, asociada con la autonomía personal, la libertad individual y el derecho de acceso a la seguridad social⁶³, aspectos que enlazados a los derechos a la salud y a la vida digna, circunstancias específicas, pueden dar lugar a la protección constitucional por vía de tutela.

3.3. El derecho de libre elección de entidades promotoras de salud y la afiliación a prevención.

En desarrollo del principio de libre elección de EPS, el Sistema general de Seguridad Social en Salud prevé unos mecanismos excepcionales de migración de afiliados, con sus precisos

alcances. Así, el Decreto 055 de 2007 estableció la figura del traslado excepcional de afiliados por revocatoria de la autorización de funcionamiento a una EPS para administrar el régimen contributivo, consagrando dos mecanismos para proteger a las personas vinculadas a la EPS revocada, saber: afiliación a prevención o afiliación por asignación.

La afiliación a prevención, es un mecanismo excepcional de traslado de afiliados de obligatoria aceptación, consistente en afiliar a una o varias Entidades Promotoras de Salud Públicas o en donde el Estado tenga participación, la totalidad de la población que se encuentre vinculada a la entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento u otras situaciones enunciadas (artículo 3º). Ello permite movilizar masivamente a los usuarios de una EPS a otra, y luego concederles un término para que ejerzan su derecho a la libre escogencia de EPS, so pena de permanecer en la entidad a la que “a prevención” fueron afiliados. Para proceder con dicho traslado, se deben seguir las siguientes reglas:

(ii) En el acto administrativo que revoca la autorización de funcionamiento de una EPS, se debe señalar el mecanismo de traslado excepcional de afiliación que deberá adoptar la entidad, esto es, a prevención o por asignación. (ii) La EPS objeto de la revocatoria, debe decidir a cuál o cuáles Entidades Promotoras de Salud públicas o en donde el Estado tenga participación, se deben trasladar los afiliados; decisión que deberá adoptar y comunicar a la Entidad receptora en un término máximo de once meses, a partir de la fecha en que quede en firme el acto de revocatoria. El Decreto 055 de 2007, estableció originalmente para el efecto, un término máximo de 8 meses contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto. Sin embargo, con el Decreto 781 de 2008, este término máximo se extendió a 11 meses, contados también desde la firmeza del acto correspondiente. En dicho plazo, la EPS objeto de la revocatoria, debe implementar los mecanismos para realizar las actividades, procedimientos e intervenciones de salud que se encuentren aún pendientes y autorizados. (iii) Para viabilizar la decisión de traslado, ésta podrá adoptarse y comunicarse de manera gradual, dentro del término antes establecido, siguiendo criterios tales como la ubicación geográfica de los afiliados, los grupos poblacionales o etarios, tipos de patologías y en general, cualquier clasificación que sirva para prevenir o minimizar efectos negativos en el traslado excepcional. En la misma forma podrá procederse para la implementación del traslado. El traslado a la EPS receptora se hará efectivo a partir del primer día calendario del mes subsiguiente a la decisión que resuelva a qué Entidad se hace el traslado. (iv) Para

garantizar la libre elección en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, tan pronto el traslado se haga efectivo, la Entidad o Entidades Promotoras de Salud receptoras de los afiliados trasladados deberán informarles, como mínimo dos veces dentro de los cinco (5) días calendario siguientes contados a partir del traslado efectivo, en un medio de comunicación de amplia circulación, que disponen de cuarenta y cinco (45) días calendario, a partir de la publicación del último aviso, para ejercer el derecho de libre escogencia de otra Entidad Promotora de Salud. Vencido el término antes señalado sin que los afiliados hayan ejercido el derecho a la libre escogencia, solo podrán ejercerlo nuevamente una vez cumplan con el período mínimo de permanencia exigido por las disposiciones legales vigentes, en la Entidad Promotora de Salud a la cual fueron trasladados. (vi) Las Entidades Promotoras de Salud receptoras de los afiliados a prevención, cuya prestación normal del servicio se vea afectada debido al número de afiliados que ingresan, podrán reprogramar la práctica de una actividad, procedimiento o intervención, que les había sido programada con anterioridad por parte de la Entidad objeto de la revocatoria de autorización de funcionamiento, siempre y cuando la vida del paciente no se vea comprometida.

4. Análisis de los casos concretos.

4.1. Caso T-1683850.

4.1.1. En la situación planteada por la señora Maria Amparo Montaña y su núcleo familiar, se desprende del acervo probatorio la negación de los servicios de salud a los que tienen derecho de conformidad con el POS por parte de Susalud EPS y de Humanavivir EPS.

4.1.2. Humanavivir EPS, en una acción de tutela previa, ante la injustificada negativa de traslado de entidades, manifestó haber solucionado en su momento el inconveniente con Susalud EPS, no sólo aceptando el traslado solicitado sino alegando un acuerdo entre empresas prestadoras, con el fin de que Susalud cubriera los servicios del POS al grupo familiar. Esta afirmación favoreció la negación de una tutela anterior en contra de Humanavivir EPS, por carencia actual de objeto. La tutela que se interpone en esta oportunidad, producto de una circunstancia nueva derivada de la primera, como es la falta de prestación del servicio en estos momentos tanto por Susalud EPS como por Humanavivir EPS, no obstante el supuesto acuerdo, pretende que se de solución a la imposibilidad de acceso a los servicios de salud de la accionante y su familia.

4.1.3. Desde la perspectiva del derecho a la libre elección de EPS y de la protección del derecho a la salud en conexidad con vida, - principalmente de la madre y de su hija menor-, es particularmente grave que Humanavivir haya impedido el traslado efectivo de estos usuarios desde el 2006, haya incumplido con el adecuado seguimiento del acuerdo supuestamente realizado y alegue en estos momentos no estar prestando servicio alguno en Antioquia desde ese mismo año, a pesar de que recibe las cotizaciones de los peticionarios. Susalud, igualmente, no presta el servicio a la familia, por considerar que el traslado no fue aceptado desde el año 2006 por Humanavivir EPS, a pesar de que la razón original de la solicitud fue la inadecuada prestación de los servicios médicos de urgencias por parte de Humanavivir.

4.1.4. La Corte Constitucional, en consecuencia, frente a los hechos constatados y las pruebas aportadas al expediente, debe hacer las siguientes consideraciones:

(i) El acuerdo entre las dos EPS que alega Humanavivir como fundamento para la no prestación del servicio, no fue probado por esa entidad dentro del presente trámite constitucional. En efecto, el acta que supuestamente solucionó el inconveniente generado con el traslado del peticionario y su familia a finales de 2006, - Acta PR7592006 del 17 de noviembre de 2006 -, no se adjuntó al proceso, no fue reconocida por Susalud EPS, ni forma parte de la información del Sistema de Seguridad Social en Salud de los peticionarios. De hecho, no existe prueba de que el traslado efectivo se haya reportado como novedad al SGSSS en noviembre de 2006. Esta situación impide que la Corte pueda reconocer como cierto el acuerdo invocado, cuando sólo la parte accionada alega su existencia, sin prueba que ratifique esa situación, y las circunstancias del caso claramente demuestran su inexistencia, - ya que no puede ser corroborado por nadie más -, o que el supuesto pacto no tuvo efectividad alguna.

Para la Corte Constitucional la situación que aquí se presenta compromete el principio a la libre elección de EPS de la peticionaria y de su núcleo familiar, que se ha visto vulnerado de manera inexcusable desde año 2006, a pesar de ser un derecho consustancial al SGSSS y ser un aspecto del acceso a la protección en salud, que es irrenunciable. De hecho, se ha quebrantado gravemente para los peticionarios, su derecho al acceso a la salud y se han puesto en peligro sus derechos fundamentales.

La actuación de Humanavivir ha demostrado inexcusablemente, haber comprometido de manera reiterada estos derechos de los peticionarios: (a) denegó el traslado de los usuarios sin fundamento legal para ello, cuando la familia cumplía para la fecha con los requisitos necesarios para el traslado y su queja estaba fundada en la indebida prestación de servicios médicos en caso de urgencias, situación que debió ser analizada por esa entidad; la queja estaba soportada en la negación de servicios médicos en una entidad, por el no pago de la EPS, situación que no fue refutada por la empresa, ni solucionada en su momento. (b) En sede de tutela, la empresa promotora tuvo la oportunidad de completar el proceso de movilidad de los usuarios en debida forma, -como al parecer lo indicó pero no lo hizo-, generando con la falta de seguimiento de estos procesos una situación insuperable para los accionantes, dado que con la finalización de los servicios de salud en Antioquia y la falta de seguimiento de la EPS, estos usuarios quedaron en un limbo difícil de sortear ante la imposibilidad de acceder a servicio alguno. Sobre este aspecto sorprende a la Sala que Humanavivir EPS en sede constitucional en la primera oportunidad, - esto es en la primera acción de tutela cursada en el 2006 -, no hubiese informado de la inminente terminación de la prestación de sus servicios en esa entidad territorial⁶⁴ al juez constitucional o a las partes. (c) La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tiene a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones en salud hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones ciertas para la nueva entidad⁶⁵, cuando el traslado sea efectivo. En este caso concreto, era Humanavivir la principal obligada a asegurarse que el traslado correspondiente dados los antecedentes anteriores, se surtiera en feliz término, sea mediante la autorización del traslado o el acuerdo. Por ende, no es de recibo alegar ahora, que la simple suscripción de un acta no probada, la relevaba frente a los usuarios de sus compromisos de ley. (d) Además, es incomprensible para esta Corporación que dicha entidad, a pesar de no prestar ya sus servicios en Antioquia, siga recibiendo los aportes del peticionario y de su familia al POS, girados a través del FOPEP por más de dos años, sin que ante un hecho semejante y con los antecedentes descritos, no indague sobre las situaciones de los peticionarios, absteniéndose hasta la fecha de dar una solución a esta situación. Esta actitud es ajena al artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 que establece que las EPS son responsables de cumplir con las obligaciones indelegables del aseguramiento, entre las que se encuentra “la articulación de los servicios que garanticen el acceso efectivo” a la salud.

En consideración a estas circunstancias, concluye la Sala que se afectó claramente el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida de la hija menor de edad de la

accionante que padece de asma, así como los derechos de la madre al diagnóstico y tratamiento de su dolencia en Tiroides. Ninguna de las dos ha podido recibir, debido a esta situación, servicio médico alguno por parte del POS desde el 2006.

En ese orden de ideas, Humanavivir EPS ha actuado en contravención de los derechos fundamentales a la autonomía y al acceso a la salud en conexidad con la vida y la dignidad de la peticionaria y el derecho fundamental a la protección en salud de su pequeña hija. También ha amenazado el acceso a la salud del padre. Las razones netamente administrativas no justificadas que han frustrado de manera recurrente el derecho a la libre elección y traslado de la familia a la Susalud EPS al que tenían derecho desde el 2006, constituyen un obstáculo cierto al ejercicio de estos derechos y a su acceso a la salud. Especialmente cuando es claro que en los casos de traslado de una EPS a otra, cuando se toman decisiones entre EPS para determinar a quien corresponde la atención frente a un usuario, es deber de tales entidades verificar de manera efectiva que la nueva EPS haya asumido el traslado invocado, dado que la primera entidad por razones de continuidad sigue siendo responsable de la prestación de los servicios de salud hasta tanto la entidad nueva cubra al recién trasladado. Las omisiones o errores en el sistema, por reportes de esta naturaleza, le son imputables a quien tiene la responsabilidad legal de materializar esos compromisos. Son las entidades promotoras de salud, quienes deben corregir las equivocaciones que se puedan causar en tales afiliaciones o traslados. Y son ellas las principales obligadas a evitar engorrosos trámites internos o cargas burocráticas que comprometan la continuidad del servicio y afecten injustificadamente los derechos fundamentales de los asociados.

4.1.5. Por las razones descritas, esta Sala revocará el fallo de instancia y en su defecto concederá la tutela por violación del derecho a la libre elección y acceso a la seguridad social en salud, en conexidad con la vida digna, de la peticionaria y su grupo familiar. La Corte ordenará en consecuencia a Humanavivir EPS, que en un término de (48) horas a partir de la notificación de la presente tutela, acepte el traslado solicitado por los accionantes a Susalud EPS y realice todas las diligencias y compensaciones necesarias, para que dicho traslado sea efectivo. A su vez, ordenará a Susalud EPS que en un término no superior a 48 horas a la notificación del fallo, acepte el traslado de los peticionarios a esa EPS y afilie a la peticionaria y a su grupo familiar a esa entidad, para que puedan acceder a los servicios médicos que presta esa empresa promotora de salud. Igualmente, la Sala ordenará que se informe a la

Superintendencia Nacional de Salud de la actuación de Humanavivir para lo de su competencia, y que se le indique al FOPEP, como responsable de las cotizaciones en salud del señor Juan Bautista Betancur y de su grupo familiar por ser éste pensionado de esa entidad, que en adelante puede realizar las cotizaciones en salud, a Susalud EPS.

4.2. Caso T-1684657.

4.2.1. El actor es un ciudadano de 62 años de edad, pensionado, con problemas cardiovasculares, que pertenece al ISS desde 1995. Reportó la novedad de traslado del Seguro Social a Saludcoop EPS en el mes de noviembre del año 2006, y en febrero de 2007 le indicaron que el traslado aprobado en diciembre del año anterior había sido negado, en atención a que con el Decreto 055 de 2007 y las Resoluciones No 028 del 15 de enero de 2007 confirmada mediante Resolución No 263 de marzo de 2007, se había generado la suspensión del derecho a la movilidad de los usuarios del Seguro Social. En febrero de 2007, al presentar multifiliación por estar inscrito en el ISS y Saludcoop EPS simultáneamente, ambas entidades resolvieron que el actor seguiría en el Seguro Social por las razones indicadas. Para el actor, quien se encontraba en un tratamiento ante Susalud EPS en el momento de la negativa del traslado, su derecho a la libre escogencia de EPS y salud en conexidad con vida se desconoció, ya que el trámite para el efecto se surtió con anterioridad a la revocatoria del certificado de funcionamiento del Seguro Social y esa entidad no puede garantizar adecuadamente los servicios del nivel que él requiere, en esa entidad territorial.

4.2.2. Según el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, el Decreto 055 de 2007, responde al artículo 159 de la Ley 100 de 1993, que permite la libre escogencia y traslado de EPS “de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en la ley”. Por ende, aunque en la práctica el decreto implica la suspensión transitoria de la movilidad de los usuarios en la EPS afectada, se trata para el caso del Seguro Social de una situación excepcional cuyo propósito es el de garantizar una adecuada prestación del servicio de salud, en la situación paradigmática de esa entidad. Además, el decreto asegura, según estas entidades, la libre elección de los usuarios dentro de los 45 días siguientes a la última comunicación del traslado a prevención que se realice.

Ahora bien, como es de público conocimiento, a partir del 1º de agosto de 2008 entró a

operar la entidad denominada la Nueva EPS, que asumió los compromisos del Seguro Social en materia de salud, en virtud de los Decretos 055 de 2007, 2713 de 2007 y el 781 de 2008.

De este modo, aunque el Decreto 055 de 2007, limitaba la movilidad de los usuarios de las EPS en el Sistema, la Nueva EPS en la actualidad, conforme a esas disposiciones normativas, debe facilitar la movilidad de los usuarios con posterioridad a su traslado, por lo que luego de ser informados, los ciudadanos disponen de cuarenta y cinco (45) días calendario, a partir de la publicación del último aviso, para ejercer el derecho de libre escogencia de Entidad Promotora de Salud.

En efecto, como se enunció previamente, el derecho a la libre movilidad en el SGSSS tiene límites. En este caso, los límites impuestos por el Decreto 055 de 2007 relacionados con el traslado a prevención, se derivaron de normas reglamentarias y del ejercicio de funciones específicas impuestas por autoridades administrativas de control, que exigieron al Seguro Social hacer un traslado de sus usuarios en los términos de ese decreto. En este sentido, cuando los órganos reguladores o de control cumplen sus funciones adoptando normas que contemplan soluciones para los problemas que se presentan, el juez de tutela puede seguir dicha regulación, a menos que se trate de actuaciones claramente inadecuadas para garantizar el goce efectivo de un derecho constitucional invocado.

A juicio de esta Corporación, si bien la limitación impuesta por el ISS en su momento a la movilidad de los usuarios, implicó una restricción concreta a la libre escogencia, no supuso un sí misma un límite arbitrario, al estar amparada en preceptos legales que justificaban su actuación, especialmente cuando la suspensión de la movilidad fue producto de una situación temporal y excepcional, restringida en el tiempo, cuyo propósito era propender por la continuidad en la prestación del servicio de salud y lograr un traslado colectivo a prevención de los usuarios de la EPS afectada. Actualmente esa situación se ha visto superada, porque se ha habilitado el traslado de los usuarios a la Nueva EPS y la continuidad de esos servicios por parte de la nueva entidad.

4.2.3. Con todo, si para la fecha el actor aún no ha podido por cualquier razón realizar su traslado efectivo y todavía éste es su deseo, en el caso particular del señor Alonso Arias Betancourt, la Corte ordenará respetar el traslado realizado por el ciudadano desde el año 2006 a Saludcoop EPS, por las razones que se presentan a continuación: (i) En la fecha en que el actor solicitó su traslado del Seguro Social, éste contaba con más de los 24 meses de

permanencia requeridos por la ley para el efecto. A su vez, dado que ni Saludcoop ni el Seguro Social objetaron en forma alguna esa decisión por incumplimiento de los requisitos legales generales, concluye la Sala que el actor en ese momento, cumplía con las exigencias de ley. (ii) Saludcoop EPS aceptó sin objeción alguna el traslado, informándole al actor en diciembre de 2006, que el ISS también lo había aceptado y que desde enero de 2007 sería usuario de esa EPS. Esa situación que se ratificó en la práctica, ya que desde el 2007 Saludcoop EPS le prestó al actor, los servicios de salud correspondientes. (iii) La solicitud de traslado quedó en firme desde enero de 2007, según la ley. Tal hecho se confirma con el reporte posterior de multiafiliación al SGSSS, en el que se manifestaba que el actor estaba afiliado a las dos EPS de manera simultánea. Sobre este aspecto es claro que según el artículo 50 del Decreto 806 de 1998, si la doble afiliación no obedece a un error imputable al afiliado que solicitó su traslado, - como ocurre es la situación que aquí se presenta -, se debe tener como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó.

En el mismo sentido, la Superintendencia Nacional de Salud confirmó que todas aquellas solicitudes de traslado del Seguro Social que cumpliendo con los requisitos legales hubieran sido presentadas, antes de que la decisión adoptada por la Superintendencia en contra del ISS adquiriera firmeza, - esto es el día 18 de julio de 2007 -, debieron haber sido aceptadas por esa entidad sin restricción alguna, porque sólo hasta esa fecha quedaron en firme los actos administrativos que limitaron el derecho de los usuarios del Seguro Social al traslado, de manera transitoria.

4.2.4. Finalmente, el ciudadano es una persona de la tercera edad, que alega no encontrarse en la actualidad suficientemente protegido por los servicios médicos del Seguro Social, ya que el Hospital en el que se le atiende, a su juicio, no tiene el nivel que él requiere para su dolencia. Sobre este aspecto, encuentra la Corte que según el acervo probatorio el Hospital Centenario de Sevilla, Valle, es un Hospital Nivel II66 en la región en la que reside, que puede prestar los servicios requeridos o remitir a otras entidades de mayor nivel. Con todo, esa entidad según el acervo probatorio, le prestó hasta el 2006 adecuadamente los servicios médicos requeridos al actor y en el primer semestre de 2007 fue Saludcoop EPS quien adelantó su tratamiento, por lo que la suspensión de tales servicios y la incertidumbre sobre la entidad obligada a la prestación de los mismos, amenazó el derecho a la salud en conexidad con vida del actor, por falta de acceso eficiente al servicio, independientemente de que ese Hospital en la actualidad esté prestando el servicio de salud o no del accionante.

En ese orden de ideas, para la Sala no existe razón alguna desde el punto de vista legal, que haya justificado para el caso del actor, la negativa del Seguro Social a autorizar su traslado a la EPS Saludcoop, en su momento. Por el contrario se expuso al actor a una vulneración de su derecho a la libre escogencia de EPS y así del derecho al acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud, que supuso una amenaza al derecho a la salud en conexidad con la vida del peticionario. Por consiguiente, se ordenará a la Nueva EPS si no lo ha hecho aún, autorizar el traslado de la referencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero-. Levantar la suspensión de términos ordenada en este proceso.

Segundo-. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín del 16 de junio de 2007, en la tutela interpuesta por Maria Amparo Montaña contra Humanavivir y Susalud EPS. En su lugar, TUTELAR el derecho de la accionante y de su grupo familiar, al acceso a la seguridad social en salud, en conexidad con el derecho a la vida.

Tercero-. En consecuencia, ORDENAR a Susalud EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, si aún no lo ha hecho, proceda a aceptar el traslado de ese grupo familiar y realice la correspondiente afiliación del señor Juan Bautista Betancur Puerta y de su señora Maria Amparo Montaña y de la menor Claudia Marcela Mira Montaña, a esa E.P.S. para que puedan acceder a los servicios de salud que presta esa entidad, siempre y cuando éste grupo familiar aún desee trasladarse a Susalud EPS. A su vez, ORDENAR a Humanavivir EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente tutela, acepte el traslado solicitado por los accionantes y realice todas las diligencias y las compensaciones que se requieran en el SGSSS, para que el traslado de este grupo familiar a Susalud EPS sea efectivo y no se vean

abogados a ninguna restricción administrativa o pecuniaria dentro del Sistema, que limite sus derechos.

Cuarto-. INFORMAR de la presente decisión a la Superintendencia Nacional de Salud, para que evalúe y verifique conforme a sus competencias, el eventual incumplimiento en el que pudo incurrir Humanavivir EPS respecto de sus obligaciones y el deber de garantía de los derechos de este grupo familiar, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Quinto-. INFORMAR al FOPEP de la presente providencia, para que sepa que en adelante, en su condición de empleador del señor Juan Bautista Betancur, debe realizar las cotizaciones en salud de este grupo familiar a Susalud EPS, si ese es el deseo del actor y de su familia.

Sexto-. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla, Valle, del 7 de junio de 2007, en la tutela interpuesta por el señor Alonso Arias Betancourt contra el Seguro Social EPS, cuyas funciones asumió la Nueva EPS. En su defecto, CONCEDER al actor la protección al acceso a la seguridad social en salud, en conexidad con el derecho a la vida.

Séptimo-. Por lo tanto, ORDENAR a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice el traslado del peticionario a la EPS Saludcoop, por él seleccionada, de no haberse realizado ese traslado.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

2 Folio 27 cuaderno 1. Formulario de afiliación del Señor Juan Bautista Betancur Puerta y su grupo familiar a Humana vivir EPS. En él aparecen como beneficiarias su esposa y su hija.

3 Folio 21, cuaderno 1. Certificado Humanavivir EPS de noviembre de 2006.

4 Folio 25, cuaderno 1. Carta del señor Juan Betancur Puerta dirigida a Humana Vivir y recibida por esa entidad en mayo de 2005, en la que solicita desafiliación por la indebida prestación del servicio, ya que en una situación de urgencias no fueron atendidos porque esa EPS no estaba pagando a las clínicas, los servicios médicos correspondientes.

5 Afirmación de la tutela. Folio 1, cuaderno 1.

6 Folios 19, 20, 29, cuaderno 1.

7 Folio 17, cuaderno 1.

8 Folio 21, libro 1.

9 Copia del fallo de tutela del Juzgado Treinta Penal Municipal con función de garantías de Medellín. Folio 7, cuaderno 1.

10 Folio 13, cuaderno 1.

11 Afirmación de la tutela. Folios 1 a 6, cuaderno 1.

12 Folios 57 a 60, cuaderno 1

13 Folio 30, cuaderno No1.

14 Folio 4, libro 1.

15 Documentos de noviembre y diciembre de 2006 respectivamente. Folios 21 y 22, libro 1.

16 Folios 23, 24 y 25, cuaderno 1.

17 Por Acuerdo 03 de 2007, la Sala Plena de la Corte Constitucional modificó la integración de las Salas de Revisión a partir de enero de 2008, por lo que al Magistrado Ponente le corresponde decidir actualmente en la Sala Quinta, mencionada.

18 Folios 34 a 41, cuaderno No 2.

19 En el artículo 4º del Decreto 55 de 2007, modificado por el Decreto 2713 de 2007 se dice lo siguiente sobre el traslado excepcional a prevención: “(...) 2. La Entidad Promotora de Salud objeto de la revocatoria de autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria, decidirá a cuál o cuáles Entidades Promotoras de Salud públicas o en donde el Estado tenga participación, se deben trasladar los afiliados, decisión que deberá adoptar y comunicar a la Entidad receptora en un término máximo de ocho (8) meses, contado a partir de la fecha en que quede en firme el acto de revocatoria, o de ordenada la intervención para liquidar, o de proferida la orden de supresión o liquidación voluntaria, plazo en el cual implementará los mecanismos para realizar las actividades, procedimientos o intervenciones que se encuentren autorizados”. Este decreto fue modificado recientemente por el Decreto 781 de 2008.

20 Ver igualmente el Decreto 1018 de 2007, artículo 6º.

21 Ver el artículo 180 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3º del Decreto 1485 de 1994, entre otras normas.

22 Afirma la Superintendencia que del estudio de la información aportada se determinó que la entidad no cumplió con el requisito correspondiente al patrimonio mínimo y resultó imposible efectuar el cálculo del margen de solvencia con la información suministrada. Igualmente, el estudio de mercado no cumplió con las especificaciones exigidas, al corresponder a un trabajo efectuado por otra autoridad.

23 Folios 47 a 57, cuaderno No 2.

25 Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991. Causales de improcedencia de la tutela. “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia,

atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

26 Ver artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

27 El señor Alfonso Arias Betancourt presentó la acción de tutela el 10 de mayo de 2007 (Folio 7, cuaderno 1). La señora Maria Amparo Montaña presentó la tutela el 5 de junio de 2007. (Folio 6, cuaderno 1).

28 La Ley 1122 de 2007, entró a regir el 9 de enero de 2007.

29 Ver las sentencias C-117 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-119 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). En efecto, afirmó la providencia C-119 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) con respecto al alcance de la acción de tutela en tales casos, lo siguiente: “... cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente”.

30 Y a los de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación, equidad, obligatoriedad, libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad, según la Ley 100 de 1993.

31 Ver entre otras las sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-230 de 1999.M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-461 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-389 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

32 Sentencias SU-111 de 1997, T-236 de 1998, T-395 de 1998, T-560 de 1998. Sentencias T-395 de 1998, T-076 de 1999, T-231 de 1999, entre muchas otras.

33 El artículo 49 de la Constitución establece: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”. (La subraya fuera del original).

34 Art. 6º de la Ley 100 de 1993.

35 El acceso de las personas al sistema de seguridad social, debe responder, entre otras, a las siguientes exigencias: i) Debe obedecer a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. ii) Todas las personas, sin discriminación alguna, tienen derecho a acceder a la seguridad social. Ni las EPS ni las ARS pueden establecer criterios de distinción como el sexo, la raza, el origen familiar, el estado de salud o cualquier otra condición de las personas, para impedir la afiliación o la inscripción al régimen, cuando se cumplen los requisitos de ley.

36 Sentencia T-011 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil.

37 El numeral 4° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 describe ese principio así: “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 (...)” (Subrayado fuera del texto).

38 El artículo 156 literal g) de la Ley 100 de 1993 reza lo siguiente: “Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características: //g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán 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”.

39 Artículo 159 Ley 100 de 1993 numeral 3. Garantías de los afiliados. “Se garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos: (...) //3. 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”. (Subraya fuera del original).

40 Al respecto pueden consultarse también los Decretos 1406 de 1999 y 047 de 2000. También el Decreto 1485 de 1994, señala lo siguiente: “El régimen de la libre escogencia

estará regido por las siguientes reglas: (...) 4ª. Libre escogencia de Entidades Promotoras de Salud. Se entenderá como derecho a la libre escogencia, de acuerdo con la Ley, la facultad que tiene un afiliado de escoger entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio. (...)

41 Artículo 230 de la Ley 100 de 1993: “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: (...) 4. Cuando la entidad ejecute practicas de selección adversa. 5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio”. (Subraya fuera del original). Ver entre otras, la sentencia T-436 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas

42 Sentencia T-010 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

43 Sentencia T-011 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

44 Artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 numerales 4 y 5.

45 Artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 numeral 5.

46 Artículos 42 del Decreto 1406 de 1999; 54 del Decreto 806 de 1998 y 40 del Decreto 1406 de 1999.

47 Decreto 47 del 2000, artículo 16. Artículo 55, Decreto 806 de 1998 y artículo 42, Decreto 1406 de 1999.

48 Decreto 1406 de 1999, artículo 44.

49 Artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 numeral 9º.

50 Decreto 1406 de 1999, artículo 44 parágrafo 2º y artículo 1º del Decreto 1725 de 1999.

51 Artículo 43 del Decreto 1406 de 1999 y Decreto 2400 de 20002 artículo 2º.

52 Artículo 42 del Decreto 1406 de 1999.

53 Decreto 1406 de 1999, artículo 42.

54 Artículo 42 del Decreto 1406 de 1999.

55 Ver sentencia T-1029 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero T-270 de 2005.MP. Álvaro Tafur Galvis.

56 Ver las sentencias T- 270 de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-993 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1210 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y T-262 de 2000, MP. José Gregorio Hernández

57 Sentencia T-011 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-406 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

58 Sentencia T-1313 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

59 Sentencia T-011 de 2004 MP.Rodrigo Escobar Gil

60 Sentencia T-011 de 2004 MP. Rodrigo Escobar Gil.

61 Sentencia T-436 de 2004 MP. Clara Inés Vargas Hernández

62 Sentencia T-010 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Dijo esta sentencia, que la “elección de [entidad prestadora de salud] hace parte de esas decisiones personales inalienables que deben ser objeto de protección constitucional. [Por lo que debe] reconocerse a las personas, dentro de los límites normativos que en desarrollo de sus competencias fijen el legislador y los entes reguladores, la libertad de decidir cuál es la entidad a la que se confiarán el cuidado de la salud propia y la de aquellas personas que se encuentren a su cargo”.

63 Sentencia T-436 de 2004. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

64 Las Empresas Promotoras de Salud está autorizadas a realizar traslados excepcionales en los términos del párrafo 3º del artículo 5º del Decreto 047 de 2000, modificado por el artículo 10 del Decreto 055 de 2007, cuando se trate de traslado obligatorio de usuarios a otras EPS de la región.

66 En el informe de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, sobre el Hospital Centenario de Sevilla, del 24 de octubre de 2005, se define ese Hospital como una ESE del orden departamental de Nivel II. Según el Decreto 1790 de 1990, Artículo 8º, las entidades se clasifican como de segundo nivel si cumplen como mínimo con los siguientes criterios: "a) Frecuencia de los problemas de salud que justifiquen los servicios ofrecidos por la entidad; // b) Cobertura y atención a poblaciones de uno o varios municipios o comunas que cuenten con atención hospitalaria de primer nivel; //c) Atención por personal profesional especializado, responsable de la prestación de los servicios; // d) Tecnología de mediana complejidad que requiere profesional especializado para su manejo, en la consulta externa, hospitalización, urgencias y en los servicios de diagnóstico y tratamiento de patologías de mediana severidad; // e) Amplia base poblacional que cubra uno o varios entes territoriales según sus necesidades de atención; //f) Existencia de planes de desarrollo socioeconómicos en el área, para convertirse en polo de desarrollo de regiones mayores en el país". Subraya fuera del original.