

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD

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

TRASLADO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No puede comprometer la continuidad del servicio de salud

En virtud de los principios de eficiencia y calidad, las EPS no pueden efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que comprometa la continuidad del servicio de salud, pues, sin importar la razón por la cual se extingue la vinculación con una Entidad Promotora de Salud EPS, ésta se encuentra obligada a seguir prestando la atención médica. Lo anterior, debido a que una EPS no puede suspender el servicio de salud, entre otras razones, por el traslado de EPS, por el contrario debe asegurar su continuidad, en el sentido que debe prestar el servicio hasta el día anterior a la entrada en vigencia de la nueva relación contractual.

Referencia: expediente T-1258778

Acción de tutela instaurada por Jorge Enrique Rojas Torres contra la EPS Seguro Social.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Veintiséis (26) Civil del Circuito de Bogotá y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Jorge Enrique Rojas Torres contra la EPS Seguro Social.

I. ANTECEDENTES

El señor Jorge Enrique Rojas Torres interpuso acción de tutela contra la EPS Seguro Social, por considerar vulnerado su derecho a la salud. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

- a. Manifiesta que el 19 de mayo de 2005 presentó una solicitud de traslado de EPS, del Seguro Social a Famisanar.
- a. Arguye que en la Autoliquidación de Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, realizada al Seguro Social en el mes de mayo de 2005, la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A, quien paga la pensión del actor, reportó la respectiva novedad de traslado de EPS.
- a. Aduce que en el mes de junio del mismo año, después de haber realizado el primer aporte a la EPS Famisanar, el Seguro Social notificó a esta última que no autorizaba el traslado por mora en los pagos.
- a. Afirma que al investigar en el ente demandado a cual mora de pago se refería, se enteró “que no se tenía validado el medio magnético correspondiente a diciembre de 2000 a pesar de que el seguro social ya tenía en sus arcas el dinero”.
- a. Sostiene que la empresa EXXONMOBIL de Colombia S.A envió el medio magnético de diciembre de 2000 al Seguro Social, “pero no ha sido posible que (...) lo valide”.
- a. Asegura que el ente demandado no podía impedir su traslado de EPS, pues de conformidad con el artículo 16 del Decreto 047 de 2000, “los veinticuatro meses (24)

inmediatamente anteriores, yo los tenía con aportes ininterrumpidos y a paz y salvo con el Seguro Social, por tanto no tenía porque afectarme una situación de error de hace cuatro años y medio, por validación de un medio magnético”.

a. Como resultado, expone que, el 28 de julio de 2005, presentó un derecho de petición en la Oficina de Afiliación y Registro del Seguro Social, solicitando la revisión de la negación de traslado de EPS.

a. Expresa que el 8 de agosto de 2005, radico ante el Seguro Social una nueva solicitud de afiliación por traslado.

a. En consecuencia, el 6 de septiembre de 2005, la Jefe del Departamento Comercial del Seguro Social Seccional Cundinamarca informó que no se autorizaba el traslado de EPS por no registrar los aportes de los meses de junio y julio de 2005. Agrega que los citados aportes se encuentran en la EPS Famisanar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

a. Alega que la empresa EXXOMOBIL DE COLOMBIA S.A ha realizado los aportes de salud a la EPS Famisanar debido a la solicitud escrita de traslado y a que en el mes de mayo de 2005 reunía los requisitos para el traslado por el derecho que le asiste de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 47 de 2000.

a. Considera que si “en mayo de 2005 fue reportada la novedad de traslado al Seguro Social entonces es verídico que a partir de junio de 2005 se comenzaran a efectuar los aportes a la EPS Famisanar”.

a. Por último, indica que ninguna de las dos EPS le presta el servicio de salud, el Seguro porque no tiene los aportes de junio y julio de 2005 y la EPS Famisanar porque aún teniendo los aportes no tiene la autorización del Seguro Social para el traslado.

Por todo lo anterior, solicita que se autorice el traslado de EPS, del “Seguro Social a Famisanar. Sin ningún movimiento de los aportes realizados en junio y julio de 2005 a la EPS Famisanar y sin ningún trámite más, a aparte de los que ya me han obligado a hacer. Igualmente que la EPS Famisanar nos atienda inmediatamente a mi esposa y a mí en todos los servicios de salud a que tenemos derecho”.

2. Respuesta del ente demandado

La señora Yolanda Aguirre Navarro, actuando en su condición de Jefe Departamento Comercial del Seguro Social Seccional Cundinamarca, solicita que se declare la cesación de la actuación “toda vez que hemos dado respuesta de fondo a la solicitud presentada por el accionante”.

Señala que mediante comunicación No DCS-0621-17533, se dio respuesta al señor Jorge Enrique Rojas Torres, indicándole las causas por las cuales le fue negado la autorización de traslado.

Por último, agrega que dicha información se encuentra enmarcada en la normatividad legal vigente, “razón por la cual agradecemos requiera al accionante con el fin de que proceda a adelantar las correcciones necesarias”.

3. Pruebas.

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

- Fotocopias de los formularios de afiliación e inscripción a la EPS Famisanar- Régimen Contributivo, de fechas 19 de mayo y 8 de agosto de 2005 en los que se observa que el actor es pensionado, tiene 91 años de edad, se traslado de la EPS Seguro Social y tiene como beneficiaria a su esposa de 88 años de edad (folio 5 cuaderno original).

* Fotocopia del formulario de Autoliquidación de Aportes al SGSSS, en que se consigna que la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A aportó, a favor del actor, al Seguro Social en el periodo correspondiente al mes de mayo de 2005, en el que se señala, además, con una (x) la novedad TAA (Traslado a otra administradora) (folio 7 cuaderno original).

* Fotocopia de la respuesta dada por el Seguro Social a la solicitud de traslado comunicada por Famisanar el 23 de mayo de 2005 (folio 6 cuaderno original).

* Fotocopia del formulario de Autoliquidación de Aportes de la EPS Famisanar en el que se observa que la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A aportó al SGSSS en los meses de julio y agosto de 2005, indicándose con una (x) en el periodo de julio la novedad TDA (Traslado de otra administradora) (folios 8, 9, 10 y 11 cuaderno original).

- Fotocopia del derecho de petición presentado por el actor, el 28 de julio de 2005, ante la Oficina de Afiliación y Registro del Seguro Social, por medio del cual solicita la revisión de la negación de traslado de EPS, lo anterior con fundamento en que no figura en la “base de datos del Seguro Social como deudor moroso” y por tanto no entiende el motivo por el cual se ha negado el traslado (folio 12 cuaderno original).

- Fotocopia del oficio N° 621-2005-15323, de fecha 18 de agosto de 2005, proferido por el Departamento Comercial del ISS, dirigido al señor Jorge Rojas Torres, mediante el cual se da respuesta a la solicitud de autorización de traslado de EPS. Se consagra que “consultadas las bases de datos del Seguro Social y teniendo en cuenta que la solicitud de traslado por parte de la EPS Famisanar tiene fecha 25/07/2005, se logró establecer que el usuario en referencia presenta pagos en salud hasta Mayo de 2005, no registra los aportes correspondientes a los ciclos de Junio y Julio de 2005, en consecuencia no tiene los 24 meses continuos de permanencia que le garantizan cumplir con las normas vigentes sobre movilidad en el sistema de salud (Art. 16 Decreto 047 de 2000). Por tanto no se autoriza traslado de EPS” (folio 13 del cuaderno original).

* Fotocopia de una aclaración hecha, el 4 de octubre de 2005, por el Departamento Comercial del Seguro Social Seccional Cundinamarca al oficio No 621-15323, del 19 de agosto de 2005, “donde se le niega la movilidad”. En este escrito se consagra que consultado el aplicativo de Traslado Salud- Egresos del Seguro Social- “existe solicitud formal por parte de la EPS Famisanar 25 de julio de 2005”. Así mismo, se consagra que los pagos 2005/06, 2005/07 y el 2005 /08 debían figurar con una T como novedad, para autorizar traslado a partir del 1º de septiembre de 2005. Por lo anterior, el Seguro Social solicita que los aportes de los ciclos 2005/06, 2005/07 y 2005/08, que se registran en mora, “deben ser reembolsados directamente a la EPS en la cual se encontraba el afiliado y hasta tanto éste no reúna las condiciones de Ley establecidas para la movilidad en el sistema de salud y con el fin de no presentar inconvenientes con la atención en salud, el afiliado debe continuar cotizando a la EPS Seguro Social” (folio 26 cuaderno original).

* Fotocopia de la Relación de Novedades- Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual del Seguro Social-, reportada por medio magnético, de los años de 1995 hasta el mes de mayo de 2005. En el ciclo 200505 (mayo) se observa una (T) como novedad (folio 53 cuaderno original).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera Instancia

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Del presente asunto conoció el Juzgado Veintiséis (26) Civil del Circuito de Bogotá, que en providencia del 7 de octubre de 2005 denegó el amparo solicitado al considerar que el actor cuenta con otro medio de defensa ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Así mismo, expresa que el derecho invocado por el accionante como vulnerado, el constituyente no lo calificó expresamente como fundamental y en consecuencia no tiene aplicación inmediata.

Expone que no se está afectando ningún derecho fundamental por conexidad, toda vez, que “el acto que configura la presente acción culmina su alcance con efectos patrimoniales, con lo cual ni con silogismos hipotéticos podría pensarse en una relación causal entre estos efectos y alguna vulneración a un derecho fundamental”.

En consecuencia, aduce que mientras no se evidencie la vulneración de un derecho fundamental, no puede concederse el amparo solicitado, pues el señor Jorge Rojas no demuestra que se le haya suspendido la atención en salud ni que la requiera, por ende “debe negarse el amparo en tanto no procede para el derecho a la seguridad social y no se demuestra la violación al derecho a la salud”.

2. Impugnación

El señor Jorge Enrique Rojas Torres impugnó el fallo del a quo. Expresa que quiere trasladarse del Seguro Social a Famisanar porque “no está satisfecho con el servicio que le presta la EPS Seguro Social y se siente vulnerado en su derecho fundamental a la salud y al bienestar”.

Sostiene que es una persona incapacitada físicamente debido a su avanzada edad, y que no se ha sentido satisfecho con las atenciones en salud que ha recibido de la EPS Seguro Social, luego, considera que “merece como ser humano el goce de una EPS como Famisanar que le brinde oportunamente el amparo y la protección del derecho fundamental a la salud, al bienestar psicológico y físico”.

Expresa que la mora que alega el Seguro Social relacionada con los meses de junio y julio de 2005, tiene una justificación y es que los aportes se pagaron a la EPS Famisanar porque el traslado ya se había solicitado, pero sin una respuesta oportuna dentro de los términos de ley por parte del Seguro Social.

Afirma que los argumentos dados por el ente demandado “no tiene validez en este caso, por cuanto en el momento de traslado de EPS, ocurrido en el mes de mayo de 2005 tal como lo demuestra el formulario de afiliación a Famisanar y la autoliquidación al Seguro Social del mismo mes de mayo de 2005 con la respectiva T de traslado de EPS,...) venía cotizando ininterrumpidamente los 24 meses anteriores tal como lo exige el Decreto 1406 de 1999. Prueba de ello es el reporte que se anexa desde el año de 1995 hasta el mes de mayo de 2005 expedido por el seguro social”.

Manifiesta que ha aportado a salud no sólo los 24 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de traslado, ocurrida el 19 de mayo de 2005, "sino que incluye diez años atrás, desde el año 1995. Es decir, se cumplió totalmente con los requisitos exigidos por la ley, específicamente en el Decreto 047 de 2000".

Indica que no es lógico que presentada la solicitud de traslado y de haberse efectuado los registros de novedad de traslado en la Autoliquidación del mes de mayo de 2005, el Seguro Social pretenda que se le pague "los meses de junio y julio de 2005, los que ya se realizaron a la EPS Famisanar, y argumente por tal motivo, mora para impedir el libre traslado de EPS".

Expresa que el ente demandado negó el traslado argumentando además de la mora, que el "Beneficiario No cumple la permanencia", lo que constituye para el actor una "intransigencia sin argumentos legales por parte del Seguro Social. Cómo es posible que el Seguro Social afirme una situación que no es verídica, por cuanto la esposa del señor Jorge Enrique Rojas Torres, nunca fue afiliada al Seguro Social como beneficiaria, ni mucho menos como cotizante".

En suma, considera que el ente demandado esta atentando directamente contra el derecho a la salud de él y el de su esposa, al no permitirles acceder a los servicios de salud "argumentando supuestos no ajustados a la realidad ni a las normas vigentes. Esta situación es mucho más delicada, si se tiene en cuenta que la esposa del señor Jorge Enrique Rojas Torres, nunca ha sido beneficiaria de los servicios de salud, y ahora que desea hacerlo por su derecho que la ley le otorga como cónyuge, el Seguro Social, le impide contar con servicios de salud, de manera caprichosa y arbitraria".

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3. Segunda Instancia

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 17 de noviembre de 2005, revocó el fallo del a quo al considerar que contrario a lo afirmado por el juez de primera instancia, la negativa a prestar los servicios médicos requeridos por el accionante implica la vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, y “por tanto han de protegerse a través de la presente acción de tutela tales derechos. Nótese que la negativa del traslado a la EPS Famisanar por parte del ISS, aduciendo para ello el no cumplimiento de los requisitos necesarios, esto es no haber realizado aportes por 24 meses continuos, ha implicado, según el accionante, que no cuente con la atención médica requerida, manifestación tal que no habiendo sido desmentida por el ISS evidentemente afecta los derechos fundamentales del accionante, quien además pertenece a la tercera edad y quien según la autoliquidación de aportes sí ha cotizado durante 24 meses continuos”.

Además, se indicó que la circunstancia de que algunas cotizaciones hayan sido canceladas a la EPS Famisanar y no al ISS y ello haga aparecer al accionante en mora y por consiguiente por reglamento no pueda ser tramitada su solicitud de traslado, “no puede llevar a negarle los servicios de salud a que tiene derecho ya sea a cargo de Famisanar o ya a cargo del Instituto de Seguro Social donde actualmente se encuentra afiliado, razón por la cual, dicha entidad debe atender su solicitud de traslado o en su defecto, continuar prestándole el servicio de salud y realizar las gestiones administrativas pertinentes para que Famisanar reembolse las cotizaciones mensuales que equivocadamente a ésta le fueron canceladas”.

Por las anteriores razones se tuteló el derecho a la salud en conexidad con la vida del accionante, con el fin de que se le preste por parte del ISS el servicio médico que requiera hasta tanto decida lo pertinente con respecto al traslado.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer los fallos 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

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a la Sala establecer si la EPS Seguro Social, en el sentido de negar el traslado de EPS por mora en el pago de los aportes a salud, esta vulnerando el derecho de “libre escogencia” en conexidad con los derechos de acceso a la seguridad social y dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal del señor Jorge Enrique Rojas Torres.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala analizará (i) el derecho de “libre escogencia” de Entidades Promotoras de Salud EPS (ii) el principio de continuidad en el servicio de salud y por último, (iii) resolverá el caso concreto.

3. El derecho de “libre escogencia” de Entidades Promotoras de Salud EPS

Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana (Art. 1ºC.P), y en ejercicio de la libertad y la autonomía, toda persona tiene derecho a tomar aquellas decisiones determinantes para su vida.

Al respecto, la Corte en sentencia T-881 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett, indicó con relación a la dignidad humana, que está vinculada con tres ámbitos exclusivos de la persona natural “ la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida)”.

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

Por otra parte, en desarrollo de los postulados constitucionales previstos en los artículos 48 y 49 de la Carta Política, en cuanto a la consagración de la seguridad social y la atención en salud como servicios públicos de carácter obligatorio, que se deben prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley, y la garantía que tienen todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, el legislador fijó por objeto del Sistema de Seguridad Social Integral, garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten¹.

Dentro de los principios rectores que orientan el SGSSS, cabe destacar el de “libre escogencia”, consagrado en el numeral 4° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993:

“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).

De igual forma, en los artículos 156 y 159 de la Ley 100 de 1993 se indica que el citado principio es una de las características básicas del SGSSS que permite a los afiliados la elección libre de Entidad Promotora de Salud y una garantía que tienen los afiliados con relación a la debida organización y prestación del servicio público de salud. Así entonces, el principio de “libre escogencia”, además de ser una de las reglas del servicio público de salud, rector del SGSSS, es una característica y garantía de los afiliados.

En este mismo sentido, 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.”

El artículo 183 de la Ley 100 de 1993 contempla las prohibiciones para las Entidades Promotoras de Salud EPS en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 2o. 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.

Con el fin de hacer efectivo el derecho de los usuarios a la “libre escogencia”, el mismo artículo 153 prevé sanciones en caso de su incumplimiento, remitiendo al régimen sancionatorio al que hace expresa referencia el artículo 230 de la misma Ley 100 de 19932.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

Sobre el particular, en sentencia T-011 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil, la Corte manifestó que el “derecho fundamental de acceso a la seguridad social, previsto de manera específica en los artículos 48 y 49 de la Carta, comprende no solo el acceso al sistema de salud como tal y a su cobertura, sino que además se proyecta sobre las garantías de permanencia y traslado de sus afiliados dentro del sistema. Ello explica por qué el derecho a la “libre escogencia”, al cual se hizo expresa referencia, constituye un principio fundante del Sistema de Seguridad Social en Salud y a su vez una característica básica del mismo (Ley 100 de 1993, arts. 153 y 156)”.

En sentencia T-436 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte consideró que el derecho de libre escogencia goza de una amplia 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”.

De igual forma, en el anterior fallo se estimó que “bajo una interpretación sistemática de la Carta Fundamental y del ordenamiento legal vigente, puede colegirse válidamente que los principios de libre escogencia, movilidad y no discriminación por selección adversa (...) adquieren de conformidad con las particularidades del caso concreto, el carácter de derecho fundamental por conexidad con los derechos a la libertad individual, la igualdad, la dignidad humana y la vida”. (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, siguiendo el principio general según el cual dentro de un Estado de derecho los derechos y garantías no tienen un carácter absoluto³, el derecho a la “libre escogencia” ha sido objeto de una regulación jurídica que impone el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos para que pueda ejercerse en forma razonable.

El artículo 14 del Decreto 1485 de 19944 consagra en el numeral 4°, que el derecho a la libre escogencia es 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”.

Sin embargo, la norma citada establece dos condicionamientos al derecho de “libre escogencia”. En primer lugar, el inciso 2° del numeral 4° dispone que los afiliados al SGSSS podrán hacer uso de su derecho a la “libre escogencia” “una vez por año, contado a partir de la fecha de vinculación de la persona, salvo cuando se presenten casos de mala prestación o suspensión del servicio”.

En segundo lugar, el numeral 9° impone otra limitación al derecho de “libre escogencia”, consistente en la obligación de “permanecer, salvo mala prestación del servicio, por lo menos dos años después de culminado el tratamiento en la respectiva Entidad Promotora de Salud”, cuando el afiliado este siendo objeto de un tratamiento catalogado como de alto costo.

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 1406 de 19995 consagra que el traslado entre Entidades Administradoras está sujeto al cumplimiento de los “requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras que establecen las normas que reglamentan el Sistema”.

De igual forma el Decreto 047 de 20006 en su artículo 16 con relación al derecho de traslado en el régimen contributivo dispone que el término de permanencia “A partir del año 2002 (...) será de 24 meses” sin perjuicio de los derechos de traslado excepcional por “falla en el servicio o incumplimiento de normas de solvencia”.

Como se observa, aún cuando el ejercicio del derecho a la “libre escogencia” se encuentra sometido al cumplimiento de las condiciones previstas en los numerales 4° y 9° del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, artículo 42 del Decreto 1406 de 1999 y 16 del Decreto 047 de 2000, aquellas no resultan exigibles en aquellos casos en que exista “una mala prestación o suspensión del servicio”.

En consecuencia, por fuera de los requisitos previstos en la citada normatividad, no pueden imponerse limitaciones al ejercicio del derecho de “libre escogencia”, en el entendido, además, que las citadas condiciones sólo pueden ser exigibles por parte de las EPS y ARS cuando se garantice 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 EPS o A.R.S.⁷ pues tal comportamiento haría nugatoria la prerrogativa garantizada por la ley y amparada por la Constitución Política⁸”.

Así, de acuerdo con los lineamientos constitucionales y legales, el ejercicio del derecho de “libre escogencia” comporta una garantía a la dignidad humana en el ámbito de la autonomía individual, es decir, asegura que la elección de la entidad a la que se confiará el cuidado de la salud, la vida y la integridad sea una decisión personal inalienable que debe ser objeto de protección constitucional, pues debe reconocerse a las personas, “dentro de los límites normativos que en desarrollo de sus competencias fije el legislador, la libertad para decidir cuál es la entidad a la que confiarán el cuidado de la salud propia y la de aquellas personas que se encuentren a su cargo ⁹”.

Del mismo modo, el principio de “libre escogencia” de EPS es un derecho que garantiza el derecho fundamental, en el caso de las personas de la tercera edad¹⁰, de acceso a la seguridad social, pues este último no sólo comprende el acceso al sistema de salud y su cobertura sino que se proyecta sobre las garantías de permanencia y traslado de los afiliados dentro del SGSSS.¹¹

De lo anterior se puede concluir que el derecho de libre escogencia tiene como soporte constitucional los derechos fundamentales a la dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal, la libertad individual y el derecho de acceso a la seguridad social¹². Garantía que de no cumplirse supone el riesgo de imposición de las sanciones previstas en el artículo 230 de la Ley 100 de 1993.

4. El traslado de EPS no puede comprometer la continuidad del servicio de salud

Los artículos 48 y 49 Superiores consagran que la seguridad social y la salud son servicios públicos de carácter obligatorio que se deben prestar en sujeción a los principios de “eficiencia, universalidad y solidaridad”.

Con base a las anteriores normas constitucionales es que la Ley 100 de 1993, en el numeral 9º del artículo 153 consagra como principio rector del SGSSS el de calidad, disponiendo que el sistema debe establecer “mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Así mismo, el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999 contempla que el traslado sólo producirá efectos “a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora”. En consecuencia, 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 aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad”.

Sobre el particular, la Corte en sentencia T-1029 de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero, manifestó lo siguiente:

“la decisión de cambio de Empresa Promotora de Salud no afecta la continuidad del servicio público de salud, como quiera que corresponde prestar la atención médica a la EPS que se retira el trabajador, hasta el día anterior a la vigencia de la nueva relación contractual.”¹³

De igual forma, en sentencia T- 170 de 2002, MP. Manuel José Cepeda, la Corte señaló los criterios para determinar si son constitucionales los motivos en los que la EPS funda su decisión de interrumpir el servicio de salud, y en esos términos, precisó que “una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida, la salud y la integridad física de un paciente con base, entre otras, en las siguientes razones: i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos, ii) porque el paciente ya no esté inscrito en la EPS que venía adelantando el tratamiento, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo, iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacia beneficiario, iv) porque la EPS considere que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado, v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad, o vi) porque se trate de un medicamento que no se había suministrado antes, pero que hace parte de un tratamiento que se está adelantando”.

Además, esta Corporación en Sentencia T-993 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, estimó:

“La continuidad del servicio se protege no solamente por el principio de eficiencia. También por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P: “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado.”

Del mismo modo, en sentencia T-109 de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional sostuvo que en aras de amparar los derechos a la salud y a la vida “las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.”

En sentencia T-246 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte reiteró que la eficiencia en la prestación de los servicios públicos está ligada al principio de continuidad, el cual supone que la prestación del servicio sea ininterrumpida, permanente y constante, luego, a fin de proteger los derechos fundamentales el juez constitucional está en el deber de impedir que controversias de tipo contractual, económico o administrativo “permitan a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.”¹⁴

También se consideró, en la anterior providencia, que si bien, las exigencias de tipo económico y administrativo para la prestación del servicio de salud tienen un fundamento constitucional, “en la medida en que a través de ellas se garantiza su eficiente prestación, éstas llegan hasta donde el derecho fundamental a la vida de los pacientes no se vea

seriamente comprometido".¹⁵

Con el mismo enfoque, la Corte en sentencia T-270 de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis, manifestó con relación al principio de continuidad de los servicios públicos que "sin importar la razón por la que se extingue la vinculación con una EPS., ésta se encuentra obligada a continuar con los tratamientos y procedimientos médicos que ha iniciado hasta su culminación cuando esto sea posible, o hasta cuando la persona adquiera cierta estabilidad en su salud que permita descartar la existencia de algún peligro de muerte. En ese entendido, no se puede presentar una suspensión abrupta de los servicios frente a un tratamiento iniciado, siempre que con ello se amenacen o vulneren derechos de rango constitucional, o incluso alguno que no goce de tal carácter, pero que se encuentre inescindiblemente vinculado a otro que sí lo tenga. (...) En ese entendido, corresponde a la EPS a la que está afiliada la persona que requiere el servicio, proporcionarle la atención médica hasta el mismo momento en que empiece a operar la nueva relación contractual (...)".

Por ende, en virtud de los principios de eficiencia y calidad, las EPS no pueden efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que comprometa la continuidad del servicio de salud, pues, sin importar la razón por la cual se extingue la vinculación con una Entidad Promotora de Salud EPS, ésta se encuentra obligada a seguir prestando la atención médica.

Lo anterior, debido a que una EPS no puede suspender el servicio de salud, entre otras razones, por el traslado de EPS, por el contrario debe asegurar su continuidad, en el sentido que debe prestar el servicio hasta el día anterior a la entrada en vigencia de la nueva relación contractual.

En consecuencia, el traslado de una EPS a otra, no puede suponer la suspensión o interrupción de la prestación de los servicios médicos, por el contrario, siempre se debe

asegurar su continuidad, de manera que la atención en salud no se vea interrumpida¹⁶.

5. Caso Concreto.

De acuerdo con los hechos y jurisprudencia reseñados, procede esta Sala a determinar si la EPS Seguro Social ha vulnerado el derecho de “libre escogencia” en conexidad con el derecho a la dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal, la libertad individual y el derecho de acceso a la seguridad social del señor Jorge Rojas Torres.

Dentro del material probatorio, se encuentra el formulario único de afiliación e inscripción a la EPS Famisanar, de fecha 19 de mayo de 2005, en el que se observa que el actor se trasladó de la EPS Seguro Social (folio 5). De igual forma, en el formulario de Autoliquidación de Aportes al SGSSS, expedido por el Seguro Social, del periodo correspondiente al mes de mayo de 2005, se aprecia una (x) en la novedad TAA, es decir, traslado a otra administradora (folio 7).

Finalmente, a folio 57, en la relación de novedades, Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual del Seguro Social, se consigna para el ciclo de mayo de 2005 una (T) como novedad.

Luego, para la Sala es evidente que el traslado de EPS se reportó como novedad al SGSSS en el mes de mayo de 2005, por consiguiente el ente demandado conocía para esa época que el señor Jorge Rojas Torres quería trasladarse a la EPS Famisanar.

Ahora bien, si se presentó y reportó la novedad al Seguro Social en el mes de mayo del año

pasado, a partir de esa fecha es que se deben contar los 24 meses de permanencia a la EPS Seguro Social.

En el expediente, a folio 56, se encuentra la Relación de Novedades que la Gerencia Nacional de Recaudo del Seguro Social expidió, en la que se observa que el demandante ha aportado a salud, ante la entidad demandada, desde enero de 1995 hasta el mes de mayo de 2005.

Como resultado, el señor Jorge Rojas Torres ha cumplido con la cancelación de los respectivos aportes a salud durante los 24 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de traslado, mayo de 2005, pues desde el mes de junio de 2003 hasta el mes de mayo de 2005, los aportes al sistema fueron continuos e ininterrumpidos.

Por ende, para la Sala no existe razón alguna que justifique la negativa de la EPS Seguro Social de negar el traslado a la EPS Famisanar, si se tiene en cuenta que el señor Jorge Rojas Torres es una persona de la tercera edad, sujeto de especial protección y que de los documentos que integran el expediente de tutela, se colige que el accionante ha cancelado oportunamente y de manera continua los aportes al SGSSS.

Con relación al principio de continuidad cabe advertir al Seguro Social que el traslado de EPS no implica la suspensión del servicio médico, por el contrario, debe atender a sus afiliados, en este caso al señor Jorge Enrique Rojas Torres hasta que entre en vigencia el contrato con la EPS Famisanar.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger el derecho fundamental de libre escogencia en conexidad con la dignidad humana en el ámbito de la

autonomía personal, la libertad individual y el acceso a la seguridad social del señor Jorge Enrique Rojas Torres. En consecuencia, se concederá la tutela interpuesta ordenando a la EPS Seguro Social que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, proceda a aceptar el traslado y consecuente afiliación a la EPS Famisanar del señor Jorge Enrique Rojas Torres y continúe prestando los servicios médicos a aquél hasta que entre en vigencia el contrato con la EPS Famisanar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión de segunda instancia, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se tuteló el derecho a la salud en conexidad con la vida del señor Jorge Enrique Rojas Torres y por las razones expuestas en el presente fallo CONCEDER la tutela del derecho fundamental de libre escogencia en conexidad con la dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal, la libertad individual y el de acceso a la seguridad social del señor Jorge Enrique Rojas Torres.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS Seguro Social que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, proceda a aceptar el traslado

y consecuente afiliación a la EPS Famisanar del señor Jorge Enrique Rojas Torres y continúe prestando los servicios médicos a aquél hasta que entre en vigencia el contrato con la EPS Famisanar.

TERCERO. Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Artículo 1º Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

2 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: 1. Petición de la Entidad Promotora de Salud.2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización.3. Cuando la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de 3 meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización. 4. Cuando la entidad ejecute prácticas de selección adversa. “5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio”.

3 Sentencia T-011 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil.

4 “De la regulación de la libre escogencia en Entidades Promotoras e Instituciones Prestadoras”

5 “Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”.

6 “por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”.

7 El artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, es muy claro al señalar como prácticas no autorizadas para las EPS., 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.

8 Sentencia T-011 de 2004, MP.Rodrigo Escobar Gil

9 Sentencia T-010 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa

10 Sentencia C-615 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra: “la Corte ha sostenido que la seguridad social - y por consiguiente la salud- como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando ataña a las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta.”

11 La citada posición ha sido reiterada en las sentencias T-270 de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis

12 Ver sentencia T-436 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

13 Posición reiterada en sentencia T-270 de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis.

14 Sentencia T-1210 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y T-262 de 2000, MP. José Gregorio Hernández

15 Sentencia T-935 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

16 La citada posición ha sido reiterada en las sentencias T- 270 de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis