

DERECHO A LA INTIMIDAD DE ENFERMO DE SIDA-Protección por parte de la Corte Constitucional

PRINCIPIO DE LIBRE ESCOGENCIA Y PRINCIPIO DE EQUIDAD-Contenido

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

Es claro, que la libertad de escogencia es una garantía que goza de una triple connotación, pues es a la vez, principio rector del SGSSS, característica del mismo y un derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud. Es por ello, que ante conductas que vulneren los principios de libre escogencia y no discriminación por selección adversa, la Ley 100 de 1993 previó la imposición de las sanciones contempladas en el artículo 230 de la misma Ley. Igualmente, a nivel reglamentario, los principios de libre escogencia y movilidad o traslado han sido expresamente regulados. Resulta relevante precisar 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 y el derecho de acceso a la seguridad social y la salud, adquieren de conformidad con las particularidades del caso concreto, el carácter de derecho fundamental por conexidad con los derechos a la libertad individual, la igualdad, la dignidad humana y la vida. Así, por ejemplo, puede establecerse que los citados principios y derechos adquieren el carácter de fundamental, en supuestos donde el paciente que solicita un traslado de E.P.S., padece una enfermedad que no está siendo adecuada u oportunamente tratada por la entidad a la que se encuentra afiliado, pues es claro que con ello se pone en peligro su integridad física, su salud y su vida en condiciones de dignidad humana. Con todo, los principios de libre escogencia y movilidad no son de carácter absoluto, pues admiten como limitación el cumplimiento por parte de los afiliados de períodos mínimos de permanencia, los cuales han sido establecidos con el objeto de propender por la sostenibilidad financiera del sistema. Sin embargo, los citados períodos no son exigibles al afiliado cuando –como lo consagra el artículo 14 ibídem- se configura una “mala prestación o suspensión del servicio” por parte de

la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado el paciente. En tal evento, si el afiliado desea trasladarse a otra E.P.S., puede hacerlo, alegando como motivo generador del traslado, la mala prestación o la suspensión del servicio de salud, según sea el caso, sin que la Entidad Promotora de Salud que lo recibe, pueda oponer el incumplimiento de los períodos mínimos de permanencia.

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA Y TRASLADO DE EPS-Supuesto fáctico de mala prestación del servicio

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

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA Y TRASLADO DE EPS-Libertad probatoria respecto de mala prestación del servicio

Respecto a la forma de acreditar que tal supuesto se ha configurado, basta señalar que la ley no ha establecido formalidades para ello, por lo que puede afirmarse que existe libertad probatoria. Por lo tanto, el afiliado puede demostrar a la E.P.S receptora, la existencia de una mala prestación del servicio de salud por parte de la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado, por cualquier medio de prueba que lleve a aquella al convencimiento de tal situación. Así por ejemplo, en situaciones semejantes a la que ocupa la atención de la Sala, la Corte

Constitucional señaló que cuando mediante una acción de tutela se haya constatado la mala prestación del servicio, no es necesario, que el accionante lo demuestre nuevamente, pues en todo caso, corresponde a la E.P.S. que ha prestado mal el servicio, demostrar que ahora éste es eficiente y adecuado. La E.P.S. receptora no puede oponer razones que ocasionen una discriminación por selección adversa o una carga probatoria que afecte los derechos de libre escogencia y movilidad establecidos por la ley, a un afiliado que padece una enfermedad de alto costo y desea trasladarse por soportar una mala prestación del servicio de la E.P.S. que lo afilia.

PRINCIPIO DE LIBRE ESCOGENCIA Y PRINCIPIO DE MOVILIDAD EN EPS-Limitación respecto a pacientes sometidos a tratamiento de alto costo

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

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Se garantizó sostenibilidad financiera con la redistribución de pacientes con VIH-SIDA O IRC entre las diferentes EPS del país

Con la redistribución de pacientes con VIH-SIDA e IRC entre las diferentes E.P.S. del país, de conformidad con el mecanismo señalado, es evidente que se encuentra garantizada la sostenibilidad del sistema y la eficiente prestación del servicio de salud por todas las E.P.S. que integran el SGSSS, pues antes de ello, la excesiva concentración de pacientes de alto costo en unas pocas E.P.S. venía siendo un factor generador del desequilibrio financiero de estas entidades y del sistema en general. No obstante, si bien es cierto que el mecanismo de redistribución reseñado supone una prestación del servicio de salud adecuada, oportuna y suficiente, ello no obsta para que si eventualmente, se acredita que la prestación del servicio es deficiente, se de aplicación a la excepción contenida en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, por lo que resultaría procedente la solicitud de traslado a otra E.P.S. escogida libremente por el paciente.

TRASLADO DE EPS DE PACIENTE DE ALTO COSTO-Mecanismo de cofinanciación establecido

Dado que el traslado de un paciente sometido a un tratamiento de alto costo, como es el caso de los pacientes con VIH-SIDA o IRC, implica para la E.P.S. receptora la asunción de costos adicionales, no previstos dentro de su presupuesto, resulta necesario referirse al mecanismo de cofinanciación establecido por el Acuerdo 000245 de 2003 en su artículo 4 como medida para controlar la selección del riesgo de los pacientes que se trasladen con posterioridad a su vigencia. Este mecanismo de cofinanciación se establece entonces, como una sanción para la E.P.S. incumplida – adicional a la establecida por la Ley 100 de 1993 en su artículo 230-, pues la obliga a cofinanciar el tratamiento del paciente que se traslada por un término de un año, lo cual permite que la E.P.S. receptora pueda prestar el servicio de salud, de manera eficiente y sin sobrecargas económicas que puedan repercutir en una inadecuada atención de las necesidades de salud del paciente y en general de los afiliados a su cargo.

TRASLADO DE EPS DE ENFERMO DE SIDA-Negativa de la EPS de aceptarlo por falta de acreditación del presupuesto de mala prestación del servicio

Observa la Sala que Compensar E.P.S. al negarse a aceptar el traslado del actor, no vulneró sus derechos fundamentales al acceso a la seguridad social y la salud en conexidad con la vida digna y la integridad personal y los principios de libre escogencia, movilidad y no discriminación por selección adversa. A ésta conclusión, es posible llegar si se considera que aunque existe prueba de que el Seguro Social ha prestado de manera deficiente el servicio de salud al accionante, por lo que se configuraría el presupuesto indispensable para que opere la excepción contemplada en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 2004, se observa que cuando el actor solicitó el respectivo traslado, omitió indicar a Compensar E.P.S. que lo hacía con base en esta razón. En efecto, según los hechos relatados por el accionante en sus escritos de tutela y de impugnación, es claro que en la solicitud de traslado no le fue indicado a Compensar E.P.S. que el mismo se hacía con base en la existencia de una mala prestación del servicio por parte del I.S.S., sino en la aplicación del acuerdo 000245 de 2003 del CNSS. De ésta manera, mal podría endilgarse a Compensar E.P.S., la vulneración de los derechos fundamentales del actor, cuando es evidente que no se le puso oportunamente en conocimiento del motivo generador del traslado. Aceptar lo contrario, en cambio, vulneraría el derecho al debido proceso de la entidad demandada, por cuanto se le opondrían unos hechos frente a los cuales no tuvo oportunidad de tomar determinación alguna.

TRASLADO DE EPS DE ENFERMO DE SIDA-Procede con base en la aplicación de la excepción al periodo de permanencia por dos años por mala prestación del servicio de salud

Teniendo en cuenta que los acuerdos 000245 y 248 de 2003 del CNSSS señalaron en sus parágrafos segundo del artículo 3 y segundo del artículo 1, que una vez surtida la redistribución de los pacientes en vigencia del acuerdo se aplicarían las normas sobre movilidad que rigen en el SGSSS, es claro que el traslado del accionante es procedente con base en la aplicación de la excepción contenida en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 y no del acuerdo 245 de 2003 del CNSSS como fue solicitado en la acción de tutela que nos ocupa. Sin embargo, la Corte estima necesario precisar que Compensar E.P.S. no podía aducir como motivo adicional para negar el respectivo traslado, el que el accionante no cumplía con las semanas cotizadas requeridas para el tratamiento de pacientes de alto costo, pues se encuentra plenamente acreditado mediante la relación de novedades del Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual al ISS, para el período comprendido entre enero de 1995 hasta abril de 2003, que el mismo se encuentra cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud por lo menos desde 1995, tiempo más que suficiente para cubrir el respectivo período de carencia, exigido para este tipo de pacientes por la Ley 100 de 1993. Así las cosas, esta Sala de Revisión considera que si bien, por las razones expuestas, no es posible conceder la presente tutela, en el evento de que el actor aún desee trasladarse a la E.P.S. demandada u otra perteneciente al S.G.S.S.S, le asiste el derecho de hacerlo, con base en una manifestación expresa ante la E.P.S. respectiva, de encontrarse soportando una mala prestación del servicio por parte del I.S.S. Frente a tal solicitud la E.P.S. Compensar o su similar, no podrá oponerse. En tal caso, la E.P.S.-I.S.S. deberá cofinanciar los costos del tratamiento que Compensar o la E.P.S elegida deba asumir respecto al accionante, en los términos prescritos por el artículo 4° del Acuerdo 000245 de 2003.

Referencia: expediente T-819532

Acción de tutela instaurada por YY contra Compensar E.P.S.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAUJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por los juzgados Cincuenta y Uno (51) Penal Municipal de Bogotá y Veintiocho (28) Penal del Circuito de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela promovida por el señor YY contra Compensar E.P.S..

I.- ANTECEDENTES

1.- Hechos.

Señala el accionante, que desde hace 14 años se encuentra cotizando como trabajador dependiente al ISS y que en el mes de septiembre de 1997 fue diagnosticado como portador del virus de inmunodeficiencia humana VIH-SIDA, por lo que desde el 2 de octubre de 1998 se encuentra inscrito en el Programa de Promoción y Prevención de ETS/VIH/SIDA del mencionado instituto. Señala además, que con ocasión de lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el Acuerdo 0245 de 2003, que ordena la redistribución de los pacientes de Alto Costo portadores de VIH-SIDA o que padezcan de insuficiencia renal crónica, acudió a la E.P.S. Compensar para solicitar su traslado de E.P.S.

Indica que la mencionada afiliación le fue negada, con fundamento en lo estipulado en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, aduciendo que no cumplía con las condiciones requeridas para su traslado de E.P.S.. y con las 200 semanas cotizadas para poder acceder al tratamiento de Alto Costo que su patología requiere.

2.- Posición de la entidad demandada.

El representante legal de la entidad demandada, en escrito presentado el 28 de agosto de 2003, se opuso a la prosperidad de la demanda, por cuanto, en su concepto, no se ha vulnerado derecho alguno del accionante. Considera que en el presente caso, el peticionario no se encuentra frente a una amenaza inminente de su vida por parte de Compensar E.P.S., pues en todo caso, de haberse reunido los requisitos para el traslado, Compensar sólo estaría obligada a prestar el servicio, a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a

la fecha de presentación de la solicitud, mientras que la E.P.S. a la cual estaba afiliado el accionante tendría a cargo la prestación de los servicios de salud. Asevera, además, que el Ministerio de Protección Social no ha reglamentado los mecanismos para la selección de los pacientes que se pueden trasladar de E.P.S. de acuerdo con lo establecido por el Acuerdo 0245 y que por lo mismo, la conducta de la E.P.S. ha sido legítima.

Manifiesta igualmente, con fundamento en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, que no puede prosperar una acción de tutela que se dirija contra conductas legítimas de un particular, dado que Compensar E.P.S. no podía afiliar al petente pues éste no reunía los requisitos establecidos en el artículo 14, numeral 9 del Decreto 1485 de 1994 para acceder al traslado de E.P.S.; además, no se había reglamentado el Acuerdo 0245 en el que se basa el accionante para su pretensión e igualmente, el peticionario no había cotizado el número mínimo de semanas para acceder al tratamiento de Alto Costo. En consecuencia, asegura que no sólo no se ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante, sino que además, lo que pretende el actor puede lograrse a través de un trámite de carácter administrativo y no por medio de la acción de tutela, pues lo que persigue es que se le ordene a la E.P.S. que active una afiliación en contravía de lo estipulado por las normas legales.

3.- Pruebas.

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

- Fotocopia simple de formulario único de afiliación e inscripción a la E.P.S. Compensar, en el régimen contributivo para trabajadores dependientes o servidores públicos diligenciado por el accionante (fl. 17 cuaderno original).
- Fotocopias simples de formularios de autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud correspondientes a los meses de mayo, junio y agosto de 2003 respecto al accionante (fl. 18-20 cuaderno original).
- Carta suscrita por la Gerente de Mercadeo de Compensar E.P.S., en la cual le informa al accionante que no cumple con los requisitos para el traslado de E.P.S. (fl. 21 cuaderno

original).

- Fotocopias simples de relación de novedades del Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual al ISS, respecto del accionante para el período entre enero de 1995 hasta abril de 2003 (fl. 22-28 cuaderno original).

- Resumen de la Historia Clínica (fl. 29 cuaderno original)

- Fotocopia simple de oficio de 3 de septiembre de 2003 dirigido al Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito, mediante el cual la Asesora de la Gerencia Seccional de Cundinamarca de la EPS del ISS explica las dificultades para el suministro de medicamentos al señor YY (fl. 56 cuaderno original).

- Fotocopia simple de oficio interno de 3 de septiembre de 2003, por el cual asesora jurídica de la EPS-ISS solicita a la oficina de Química Farmacéutica información sobre la disponibilidad de medicamentos requeridos por el señor YY (fl. 57 cuaderno original).

- Fotocopia simple de certificación de historia clínica de 26 de julio de 2003 del señor YY, mediante la cual se señala que su historia clínica se encuentra en trámite para cambio de medicamentos, advirtiéndole que por dificultades administrativas este no se ha podido llevar a cabo (fl. 81 cuaderno original).

- Fotocopias simples de fórmulas médicas no despachadas al accionante (fl. 82-83 cuaderno original).

4. Sentencias objeto de revisión

4.1 Sentencia de primera instancia.

De la presente acción de tutela conoció en primera instancia el Juzgado Cincuenta y Uno Penal Municipal de Bogotá, el cual en providencia de 5 de septiembre de 2003 negó el amparo solicitado, debido a que consideró que le asiste razón a Compensar E.P.S. a negar la afiliación al accionante, pues el Ministerio de Protección Social debe determinar, conforme lo establece el Acuerdo 0245, cuáles son las personas que pueden trasladarse de E.P.S., así como las E.P.S. hacia las que puede realizarse el traslado, lo cual hasta la fecha no se ha hecho. Así las cosas, estima el Juzgado, no se vulneraron los derechos fundamentales del

actor, pues la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el accionante en la actualidad, le ha brindado la atención especializada que requiere y le ha suministrado todos los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad.

4.2. Impugnación

El accionante impugnó la decisión del a-quo, al considerar que si bien es cierto en aquel momento, el “Ministerio de Seguridad Social” no había efectuado la distribución de los pacientes de alto costo de conformidad con el Acuerdo 000245 de 2003, Compensar se encuentra vulnerando el principio de libre escogencia consagrado por los artículos 153 y 159 de la ley 100 de 1993, numeral 4 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, 1 y 2 del Decreto 1070 de 1995 y 45 del Decreto 806 de 1998.

Aclara que se encuentra afiliado como trabajador dependiente y no como independiente, como erróneamente se asegura en el fallo impugnado y que se encuentra probado que lleva aproximadamente 14 años cotizando al Seguro Social. Así mismo, señala que la intransigencia de Compensar E.P.S., la demora en la afiliación y la falta de una adecuada prestación del servicio puede generarle un mal asociado a VIH-SIDA.

Por otra parte, expone que el ISS no le está prestando un servicio adecuado pues la entrega de los medicamentos no se hace de manera oportuna, por lo que no es suficiente la justificación esgrimida por el Seguro Social en el sentido de hacerlo en la medida de las posibilidades, pues la entrega de los medicamentos atirretrovirales y profilácticos debe hacerse en forma continua e ininterrumpida. Recuerda además, que se encuentra pendiente de estudio por el Comité Médico Científico el cambio de medicamentos, lo cual no se ha realizado por inconvenientes administrativos, sin que le hayan suministrado en un período de aproximadamente 9 meses los antirretrovirales, lo cual pone en inminente peligro su vida al no estar tomando el tratamiento requerido.

Igualmente, ratifica las solicitudes realizadas en el escrito de tutela y agrega que interpuso otra acción de tutela contra el ISS con ocasión de la mala prestación del servicio.

4.3 Sentencia de segunda instancia.

El fallo de segunda instancia, proferido por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de

Bogotá confirmó la decisión del a-quo al considerar que no se ha violado ningún derecho fundamental del actor, porque como lo afirmó el Juzgado de primera instancia, no es obligación de la E.P.S. Compensar, proceder a la afiliación del paciente si éste no reúne los requisitos que se necesitan para el efecto. Consideró igualmente que para realizar el traslado solicitado es menester que el Ministerio de Protección Social regule la manera en que se daría cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo 0245 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Además, asevera el Juzgado, los derechos cuyo amparo impetra el accionante no están desprotegidos, pues éste se encuentra afiliado a la E.P.S. del Seguro Social, la cual le está brindando toda la atención que su caso amerita; de suerte tal que la negativa de Compensar E.P.S. de afiliarlo no pone en riesgo sus derechos.

A fin de contar con los elementos de juicio que permitan mejor proveer, la Sala Novena de Revisión, mediante auto del 12 de marzo de 2004, resolvió decretar pruebas y suspender el término para fallar, para lo cual ordenó de una parte que por Secretaría General se oficiara a la vicepresidencia de la E.P.S.-I.S.S. a efecto de que informara “si el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha notificado al Instituto de Seguros Sociales, alguna resolución mediante la cual se ejecute el Acuerdo 00245 expedido por esta entidad, para redistribuir los pacientes de alto costo entre las diferentes E.P.S. del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Así mismo, se le solicitó informara “si el señor YY, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.347.166 en virtud del citado acuerdo, ha sido trasladado a alguna otra E.P.S. del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

De otra parte, la Sala ordenó que por Secretaria General se oficiara al Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá D.C., para que remitiera a esta Corporación, copia del expediente del proceso de tutela que cursó ante ese despacho, interpuesta por el accionante en contra del Instituto de Seguros Sociales, con ocasión del suministro de algunos medicamentos.

Al responder al requerimiento de la Corte, el Vicepresidente de la E.P.S.-I.S.S. informó lo siguiente:

“1. Con Relación a la solicitud contenida en el numeral primero, le informo que efectivamente, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, nos notificó la Resolución

3186 de 2003, expedida por el Ministerio de la Protección Social, mediante la cual se define el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e insuficiencia Renal Crónica en el Régimen contributivo, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo 245 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

2. En atención a la información requerida en el numeral segundo, le comunico que el señor YY, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. xx es un afiliado activo de la EPS.-ISS. En el mismo sentido le informamos que consultada la base de datos suministrada por el Ministerio de la Protección Social, el señor YY no se encuentra dentro de los pacientes de alto costo a distribuir, razón por la cual, no fue notificado para traslado a otra EPS.

Finalmente debo informarle que de acuerdo con lo establecido en la mencionada resolución en el numeral 4 del artículo 2do, por el cual se establece el procedimiento para el cálculo de pacientes a distribuir, para la asignación aleatoria de pacientes de alto costo a distribuir, se aplicó el siguiente proceso:

- a. Para cada patología, con la información reportada a diciembre del 2002 por las EPS que deben trasladar pacientes, se crearon bases de datos con listados de los pacientes, por EPS, departamento y grupo etareo. Cada listado se ordenó alfabéticamente por apellidos.
- b. De cada base de datos se hizo una selección de los casos a trasladar usando un procedimiento de muestreo aleatorio simple. El número de casos seleccionados corresponde a los cálculos del número de casos que cada EPS debe entregar por departamento y por grupo etareo.
- c. A partir de los resultados de la selección aleatoria se elaboró un listado de los (sic) a trasladar, con su respectiva EPS, nombres y apellidos, identificación y ubicación geográfica, el cual se entregará a cada una de las EPS que debe realizar el traslado”.

Por su parte, el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá D.C., remitió fotocopia simple del expediente contentivo de la acción de tutela solicitada por ésta Sala (1 cuaderno de 72 folios útiles).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en el presente caso, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2.- Cuestión Previa. La protección del derecho a la intimidad de los enfermos de sida y la publicidad del proceso.

En el asunto bajo examen, el accionante como portador del VIH-SIDA solicitó en su escrito de tutela que se mantuviera en secreto su identidad, respetando sus derechos a la intimidad y confidencialidad establecidos en la Constitución Política.

La Corte Constitucional en similares eventos ha considerado preciso tomar medidas para proteger la intimidad y el sosiego familiar del paciente, que podrían verse afectados con la publicidad del fallo de tutela. Por lo tanto, ésta Sala de Revisión estima prudente suprimir de la sentencia el nombre del actor para evitar que pueda ser identificado, haciendo la advertencia de que una vez devuelto el presente expediente al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes interesadas en la decisión, es decir, el actor y las E.P.S.s de Compensar y el I.S.S..

3.- Presentación del caso y problema jurídico objeto de estudio.

El peticionario, quien padece del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), considera que la decisión de Compensar E.P.S., en el sentido de negarse a aceptar su solicitud de traslado, vulnera sus derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la libre escogencia de la Entidad Promotora de Salud, a la igualdad y a la integridad personal. Lo anterior, en virtud de que en concepto del accionante, tal entidad no ha dado cumplimiento a lo estipulado en el Acuerdo 0245 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y las normas que protegen el derecho a la libre escogencia de E.P.S., contempladas en los artículos 153 y 159 de la ley 100 de 1993, numerales 4 y 7 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, 1 y 2 del Decreto 1070 de 1995 y 45 del Decreto 806 de 1998.

Por su parte, la entidad demandada considera que el amparo no debe concederse, debido a que el accionante no reúne los presupuestos exigidos en el numeral 4 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 para que proceda su traslado desde la E.P.S. del Seguro Social, que a la fecha de interposición de la acción de tutela, el acuerdo 0245 del CNSSS no se encontraba

reglamentado y que el actor no cuenta con el número de semanas cotizadas requeridas para su tratamiento como paciente de alto costo. Adicionalmente, los jueces de instancia señalaron que no existe vulneración alguna de los derechos del actor, pues en ningún momento le ha sido negada la atención médica que requiere sino que, por el contrario, le han sido brindados todos los cuidados y medicamentos indispensables para el tratamiento de la enfermedad que sufre, por parte de la E.P.S. del Seguro Social a la cual se encuentra afiliado.

Por consiguiente, a esta Sala de Revisión le corresponde determinar si los principios de libre escogencia, movilidad y no discriminación por selección adversa, así como los derechos de acceso a la seguridad social y la salud en conexidad con la vida digna y la integridad personal, son vulnerados por una entidad promotora de salud, cuando esta se niega a aceptar el traslado de una persona que padece una enfermedad catalogada como de alto costo, con base a la falta de acreditación del presupuesto de mala prestación del servicio por parte de la E.P.S. de la cual proviene el paciente, establecido por el numeral 4 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994.

Adicionalmente, es del caso referirse al acuerdo 000245 de 2003 del CNSSS “por el cual se establece la política de atención integral de patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS”, a efecto de establecer sus implicaciones en el traslado de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-.

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

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, garantizan a todos los habitantes del país el derecho irrenunciable a la Seguridad Social y el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Así mismo, establecen que el Estado debe organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, establecer las políticas para la prestación de este servicio por las entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.

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

El primero, supone el acceso gradual a los servicios de salud para todos los habitantes del país, sin ningún tipo de discriminación por capacidad de pago o riesgo, debiendo ofrecer financiamiento especial para la población más pobre y vulnerable y mecanismos para evitar la selección adversa. De ésta manera, se garantiza que el derecho a la igualdad sea real en los términos del artículo 13 Superior, para aquellas personas que por encontrarse en situaciones de debilidad manifiesta (falta de capacidad económica o enfermedades ruinosas o catastróficas) podrían verse discriminadas para acceder al SGSSS en las mismas condiciones que todos los afiliados. A su turno, el segundo principio, establece la posibilidad de que los usuarios del sistema escojan libremente entre las diferentes entidades que ofrecen la administración (E.P.S.) y la prestación de los servicios de salud (I.P.S.), cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios.

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

Así mismo, el numeral 3 del artículo 159 de la Ley 100 de 1993 dispone en favor de los afiliados al Sistema, los derechos a “la libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley”.

Así, es claro, que la libertad de escogencia es una garantía que goza de una triple

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

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

En el mismo sentido, el artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 define el derecho a la libre escogencia y dispone lo siguiente:

- i) Que los afiliados tienen el derecho a escoger libremente, entre las diferentes entidades promotoras de salud, la encargada de administrar la prestación de los servicios de salud derivados del Plan Obligatorio;
- ii) Que estas se encuentran obligadas a prestar el Plan Obligatorio de Salud a todas las personas que deseen afiliarse y que paguen la cotización o reciban el subsidio correspondiente;
- iii) Que como regla general los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden trasladarse a otra E.P.S. una vez por año³, para lo cual el término correspondiente se cuenta a partir de la fecha de vinculación al SGSSS, salvo cuando se presenten casos de mala prestación o suspensión del servicio y;
- iv) Que para el traslado de afiliados que están siendo objeto de un tratamiento de alto costo sujetos a períodos mínimos de cotización, el término de permanencia en una misma entidad promotora de salud es de por lo menos dos (2) años, los cuales empezarán a contarse “después de culminado el tratamiento en la respectiva entidad promotora de salud”, salvo que exista mala prestación del servicio.

En éste punto, resulta relevante precisar 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 y el derecho de acceso a la seguridad social y la salud, adquieren de conformidad con las particularidades del caso concreto, el carácter de derecho fundamental por conexidad con los derechos a la libertad individual, la igualdad, la dignidad humana y la vida. Así, por ejemplo, puede establecerse que los citados principios y derechos adquieren el carácter de fundamental, en supuestos donde el paciente que solicita un traslado de E.P.S., padece una enfermedad que no está siendo adecuada u oportunamente tratada por la entidad a la que se encuentra afiliado, pues es claro que con ello se pone en peligro su integridad física, su salud y su vida en condiciones de dignidad humana.

Al respecto, recientemente en sentencia T-011/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil, se estableció la misma tesis respecto al derecho de acceso efectivo al sistema de salud.

Con todo, los principios de libre escogencia y movilidad no son de carácter absoluto, pues admiten como limitación el cumplimiento por parte de los afiliados de períodos mínimos de permanencia, los cuales han sido establecidos con el objeto de propender por la sostenibilidad financiera del sistema. Sin embargo, los citados períodos no son exigibles al afiliado cuando -como lo consagra el artículo 14 ibídem- se configura una “mala prestación o suspensión del servicio” por parte de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado el paciente. En tal evento, si el afiliado desea trasladarse a otra E.P.S., puede hacerlo, alegando como motivo generador del traslado, la mala prestación o la suspensión del servicio de salud, según sea el caso, sin que la Entidad Promotora de Salud que lo recibe, pueda oponer el incumplimiento de los períodos mínimos de permanencia.

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

“Ahora bien, aún cuando el ejercicio del derecho a la “libre escogencia” se encuentra sometido al cumplimiento de las condiciones previstas en los numerales cuarto (4º) y noveno (9º) del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, dichos condicionamientos no resultan exigibles en aquellos casos en que exista “una mala prestación o suspensión del servicio”, configurando estas dos situaciones una excepción a la regla. Bajo este entendido, aun cuando no se encuentren cumplidos los periodos previstos en las normas citadas, la

ineficiencia en la prestación de los servicios de salud requeridos por el usuario o su suspensión injustificada, le permiten a éste ejercer legítimamente y sin limitaciones su derecho a la “libre escogencia”, es decir, adoptar en cualquier tiempo la decisión de cambiar la entidad promotora de salud. Ello, en el entendido que con dicha prerrogativa se busca preservar la vida y la salud del afiliado en condiciones dignas y justas, tal como lo garantiza el mismo artículo 49 de la Constitución Política al señalar que toda persona tendrá el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”⁴.

Para el caso de los afiliados a los cuales se refiere el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, es decir, los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo, es del caso precisar que en el supuesto de encontrarse soportando una mala prestación del servicio, les asiste el derecho de solicitar libremente el respectivo traslado ante la E.P.S. que a su arbitrio consideren adecuada a sus necesidades de salud, sin más condicionamiento que la respectiva acreditación de tal situación ante la E.P.S. receptora.

Sin intentar ser exhaustivos, en éste punto resulta conveniente establecer que el supuesto fáctico de la mala prestación del servicio de salud se configura, de manera general cuando la Entidad Promotora de Salud respectiva omite el deber de protección integral del afiliado, mediante la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en la cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia establecida por el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establecido para el Plan Obligatorio de Salud. De ésta manera, es evidente que cualquier conducta que suspenda, retarde o dilate el suministro de los medicamentos, procedimientos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas y demás que el paciente requiere para la recuperación o estabilización de su enfermedad, constituye una mala prestación del servicio.

Ahora, respecto a la forma de acreditar que tal supuesto se ha configurado, basta señalar que la ley no ha establecido formalidades para ello, por lo que puede afirmarse que existe libertad probatoria. Por lo tanto, el afiliado puede demostrar a la E.P.S receptora, la existencia de una mala prestación del servicio de salud por parte de la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado, por cualquier medio de prueba que lleve a aquella al convencimiento de tal situación. Así por ejemplo, en situaciones semejantes a la que ocupa la atención de la Sala, la Corte Constitucional señaló que cuando mediante una acción de tutela se haya constatado la mala prestación del servicio, no es necesario, que el accionante lo demuestre

nuevamente⁵, pues en todo caso, corresponde a la E.P.S. que ha prestado mal el servicio, demostrar que ahora éste es eficiente y adecuado.

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

“Es de aclararse que, por fuera de las condiciones establecidas en los numerales 4 y 9 del Decreto 1485 de 1994, no pueden imponerse limitaciones al ejercicio del derecho de “libre escogencia”; en el entendido, además, que las condiciones reguladas sólo pueden ser exigibles por parte de las E.P.S. y A.R.S. cuando se garantiza al usuario una eficiente y adecuada prestación del servicio. Por tanto, dichas entidades no están en capacidad de desarrollar conductas o adelantar políticas encaminadas a impedir, restringir o condicionar la voluntad de los usuarios del SGSSS que deseen trasladarse a otra E.P.S. o A.R.S.⁶ pues tal comportamiento haría nugatoria la prerrogativa garantizada por la ley y amparada por la Constitución Política”.

5.- Sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud como fundamento de la limitación impuesta por el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 para efectuar traslados entre E.P.S. del SGSSS de pacientes sometidos a tratamientos de alto costo.

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

Esta limitación, tal como lo consideró el Consejo de Estado en sentencia de 20 de marzo de 2003, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero⁷, resulta constitucional si se considera que bajo un

juicio de igualdad se puede concluir que no discrimina a las personas que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo puesto que tal medida se justifica al garantizar una adecuada y continua prestación de los servicios de salud y permitir que la E.P.S. respectiva compense y equilibre la carga asumida por la prestación del servicio haciendo de esta manera, sostenible y viable el SGSSS. En lo pertinente señaló:

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

(...)

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

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

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

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

M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional señaló:

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

6.- Implicaciones del Acuerdo 000245 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el traslado de pacientes de VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica (IRC).

Desde la creación del SGSSS en el año 91, la preocupación de los operadores y reguladores del sistema y del Estado, ha estado encaminada a evitar la concentración de pacientes con enfermedades ruinosas o catastróficas sometidos a tratamientos de alto costo a cargo de una misma Entidad Promotora de Salud. Es por ello, que se introdujeron restricciones a los principios de libre escogencia y movilidad que permitieran la sostenibilidad del sistema. La primera de ellas, precisamente es la limitación contenida en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994.

Posteriormente, los Acuerdos 217 de 2001 y 227 de 2002 del CNSSS, establecieron los mecanismos para el reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico de la atención en salud del régimen contributivo y subsidiado, los cuales fijaron un criterio para distribuir los recursos. No obstante, esta medida resultó insuficiente, por lo que fue necesario expedir el Acuerdo 000245 de 1 de abril de 2003 del CNSSS mediante el cual se estableció una política de atención integral de patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS.

Esta política se concretó en establecer dos acciones. De un lado, un procedimiento de corrección y prevención de la selección del riesgo que impida la concentración de los pacientes de alto costo en una misma E.P.S. y de otro, la redistribución por una sola vez de los pacientes de VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica (IRC), hacia las E.P.S. y A.R.S. que tuvieran desviación por debajo de la tasa promedio de pacientes por cien mil afiliados, la cual

debía realizarse a más tardar el 30 de junio de 2003 en el Régimen Contributivo y el 30 de octubre del mismo año en el Régimen Subsidiado⁸.

Sin embargo, éste Acuerdo no pudo ejecutarse en el término inicialmente establecido por cuanto no se había podido expedir la resolución que permitiera aplicar el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e insuficiencia renal crónica en el régimen contributivo, siendo necesario, entre otras actuaciones, validar el procedimiento con diferentes actores del sistema involucrados en el proceso a fin de analizar la operatividad de la medida, por lo que mediante Acuerdo 248 de 7 de octubre de 2003 del CNSSS se modificó el artículo 3º del acuerdo 245 y se determinó como nuevo plazo el 24 de octubre de 2003.

Efectivamente, mediante Resolución 3186 de 22 de octubre de 2003 del Ministerio de la Protección Social, se definió el mecanismo de distribución excepcional de pacientes afiliados al SGSSS en el régimen contributivo con diagnóstico comprobado VIH/SIDA que se encontraban en tratamiento con antirretrovirales y con Insuficiencia Renal Crónica, que requirieron diálisis y/o hemodiálisis a 31 de diciembre de 2002. Esta resolución fue debidamente notificada a las E.P.S. integrantes del SGSSS junto con el listado de los pacientes a ser transferidos y de las E.P.S. receptoras, a efecto de proceder a efectuar las respectivas notificaciones de traslado a los pacientes seleccionados.

No obstante, si bien es cierto que el mecanismo de redistribución reseñado supone una prestación del servicio de salud adecuada, oportuna y suficiente, ello no obsta para que si eventualmente, se acredita que la prestación del servicio es deficiente, se de aplicación a la excepción contenida en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, por lo que resultaría procedente la solicitud de traslado a otra E.P.S. escogida libremente por el paciente.

Lo anterior es claro si se revisa el contenido del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo 000245 de 2003 y del párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo 248 de 2003 que establece:

“Con posterioridad a la aplicación del mecanismo excepcional previsto en el presente Acuerdo, la población distribuida se sujetará a las normas vigentes del régimen general de movilidad aplicables en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Ahora bien, dado que el traslado de un paciente sometido a un tratamiento de alto costo,

como es el caso de los pacientes con VIH-SIDA o IRC, implica para la E.P.S. receptora la asunción de costos adicionales, no previstos dentro de su presupuesto, resulta necesario referirse al mecanismo de cofinanciación establecido por el Acuerdo 000245 de 2003 en su artículo 4 como medida para controlar la selección del riesgo de los pacientes que se trasladen con posterioridad a su vigencia. La norma en mención, establece lo siguiente:

“Artículo 4°. Medida para control de selección del riesgo. Para todos los traslados que se efectúen de manera regular con posterioridad a la vigencia del presente acuerdo, como medida para evitar la selección de riesgo, se establece el siguiente mecanismo de cofinanciación del costo de la atención de los afiliados con VIH/SIDA y/o IRC que se trasladan entre EPS, habiendo cumplido los períodos mínimos de permanencia, durante el primer año de traslado:

1. La EPS o ARS que atienda por VIH/SIDA y/o Insuficiencia Renal Crónica un paciente trasladado de otra EPS o ARS, tendrá derecho durante el año siguiente, a exigir el reconocimiento y pago de la EPS o la ARS de la cual se traslada, una proporción del costo de la atención.
2. La EPS o ARS que recibe al paciente pagará el total de la atención y recobrará a la EPS o ARS de la cual se traslada la proporción que resulte de dividir el número de semanas que faltan para completar un año de permanencia en ella, sobre el total de semanas del año (52 semanas).
3. Este porcentaje se aplicará al total del costo de los servicios prestados a la fecha de la prestación de los mismos, relacionados con las patologías mencionadas.
4. El cobro por parte de la EPS que recibe los pacientes, ante la anterior, se efectuará mediante la presentación de las cuentas de cobro correspondientes, donde se identifique claramente la fecha y el valor de la prestación de los servicios, con base en los cuales se calculará la proporción por pagar entre las partes.
5. Este mecanismo no aplica para los pacientes redistribuidos según lo dispuesto en el artículo 3°. El Ministerio de la Protección Social evaluará la forma de aplicar el mecanismo de cofinanciación con la entidad territorial, cuando las ARS atiendan personas pobres con VIH/SIDA y/o Insuficiencia Renal Crónica no afiliadas al régimen subsidiado, y presentará al

Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dicha evaluación como parte del estudio que se realice para la definición de la UPC de 2004”.

Este mecanismo de cofinanciación se establece entonces, como una sanción para la E.P.S. incumplida – adicional a la establecida por la Ley 100 de 1993 en su artículo 230-, pues la obliga a cofinanciar el tratamiento del paciente que se traslada por un término de un año, lo cual permite que la E.P.S. receptora pueda prestar el servicio de salud, de manera eficiente y sin sobrecargas económicas que puedan repercutir en una inadecuada atención de las necesidades de salud del paciente y en general de los afiliados a su cargo. En este mismo sentido, se pronunció la Corte en sentencia T-010/04 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, advirtiendo al respecto:

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

7.- El caso concreto

Tal como se expuso atrás, esta Sala debe establecer si al accionante le asiste el derecho a ser trasladado desde la E.P.S. del I.S.S. hacia la E.P.S. de Compensar, en los términos del numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994. De igual manera, habrá de verificarse si, como lo considera el accionante, con ocasión de la ejecución del Acuerdo 000245 de 2003 del CNSSS resulta procedente el citado traslado.

De conformidad con el material probatorio obrante en el presente proceso, observa la Sala que Compensar E.P.S. al negarse a aceptar el traslado del actor, no vulneró sus derechos fundamentales al acceso a la seguridad social y la salud en conexidad con la vida digna y la integridad personal y los principios de libre escogencia, movilidad y no discriminación por selección adversa.

A ésta conclusión, es posible llegar si se considera que aunque existe prueba de que el

Seguro Social ha prestado de manera deficiente el servicio de salud al accionante, por lo que se configuraría el presupuesto indispensable para que opere la excepción contemplada en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 2004, se observa que cuando el actor solicitó el respectivo traslado, omitió indicar a Compensar E.P.S. que lo hacía con base en esta razón.

En efecto, según los hechos relatados por el accionante en sus escritos de tutela y de impugnación (folios 2 y 77 cuaderno original, respectivamente), es claro que en la solicitud de traslado no le fue indicado a Compensar E.P.S. que el mismo se hacía con base en la existencia de una mala prestación del servicio por parte del I.S.S., sino en la aplicación del acuerdo 000245 de 2003 del CNSS.

De ésta manera, mal podría endilgarse a Compensar E.P.S., la vulneración de los derechos fundamentales del actor, cuando es evidente que no se le puso oportunamente en conocimiento del motivo generador del traslado. Aceptar lo contrario, en cambio, vulneraría el derecho al debido proceso de la entidad demandada, por cuanto se le opondrían unos hechos frente a los cuales no tuvo oportunidad de tomar determinación alguna.

Como se ha venido sosteniendo, la excepción establecida en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 2004, supone la posibilidad de solicitar libremente el traslado a otra E.P.S. cuando existe mala prestación del servicio, sin que le sea exigible al paciente el período de permanencia de dos años contados a partir de la terminación del tratamiento médico.

Efectivamente, a folio 81 del cuaderno original, reposa fotocopia simple de una certificación de historia clínica del paciente, en la que la médica del programa VIH-SIDA de la entidad, advierte que por dificultades administrativas no se ha podido llevar a cabo el cambio de medicamentos que debe ser realizado por el Comité Científico Técnico de Farmacia y terapéutica. Así mismo, aparecen en el expediente fotocopias simples de fórmulas médicas expedidas al accionante por el Seguro Social con constancia de encontrarse pendientes de entrega (folios 82-83 cuaderno original).

De igual manera, la prestación deficiente del servicio de salud por parte de la E.P.S.-I.S.S. se acredita, al observar las consideraciones y la decisión adoptada por la señora Juez Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá en su fallo de 30 de abril de 2003, mediante el cual resolvió tutelar los derechos fundamentales del señor YY a la vida, la salud, la seguridad social y la integridad personal, por estimar que los mismos fueron vulnerados por el ISS al no

haberle practicado los exámenes ordenados por el médico tratante (carga viral y CD4), que resultaban indispensables para establecer el tratamiento a seguir.

En este orden de ideas, es claro que existe una razón fundada para que el accionante solicite su traslado de E.P.S.. No obstante, en el caso que nos ocupa, el paciente no alegó en debida forma ante la E.P.S receptora la causal que lo legitima para que el traslado sea procedente, por lo que aquella, bien podía negarse a aceptar la solicitud correspondiente.

Esto es claro, si se tiene en cuenta que el accionante no podía solicitar su traslado con base en el Acuerdo 000245 de 2003 del CNSSS, pues aquellos realizados con base en éste acuerdo se hicieron de manera aleatoria. Sólo los pacientes que de esta forma fueron escogidos por el Ministerio de la Protección Social en la Resolución 3186 de 2003, podían ser trasladados a otras E.P.S. conforme las condiciones del acuerdo citado y los artículos 4, 5 y 6 de esta resolución donde se establece el procedimiento de comunicación, término y notificación al paciente seleccionado.

Según oficio VEPS no. 3673 de 18 de marzo de 2004 suscrito por el vicepresidente de la E.P.S. del Seguro Social, se certifica que dentro de los pacientes seleccionados aleatoriamente por el Ministerio de la Protección Social en la Resolución 3186 de 2003 mediante la cual se redistribuyeron los pacientes con VIH-SIDA e IRC, no se encuentra el accionante, por lo que actualmente es un afiliado activo de la entidad.

Así las cosas y teniendo en cuenta que los acuerdos 000245 y 248 de 2003 del CNSSS señalaron en sus parágrafos segundo del artículo 3 y segundo del artículo 1, que una vez surtida la redistribución de los pacientes en vigencia del acuerdo se aplicarían las normas sobre movilidad que rigen en el SGSSS, es claro que el traslado del accionante es procedente con base en la aplicación de la excepción contenida en el numeral 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 y no del acuerdo 245 de 2003 del CNSSS como fue solicitado en la acción de tutela que nos ocupa.

Sin embargo, la Corte estima necesario precisar que Compensar E.P.S. no podía aducir como motivo adicional para negar el respectivo traslado, el que el accionante no cumplía con las semanas cotizadas requeridas para el tratamiento de pacientes de alto costo, pues se

encuentra plenamente acreditado mediante la relación de novedades del Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual al ISS, para el período comprendido entre enero de 1995 hasta abril de 2003 (fl. 22-28 cuaderno original), que el mismo se encuentra cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud por lo menos desde 1995, tiempo más que suficiente para cubrir el respectivo período de carencia, exigido para este tipo de pacientes por la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, esta Sala de Revisión considera que si bien, por las razones expuestas, no es posible conceder la presente tutela, en el evento de que el actor aún desee trasladarse a la E.P.S. demandada u otra perteneciente al S.G.S.S.S, le asiste el derecho de hacerlo, con base en una manifestación expresa ante la E.P.S. respectiva, de encontrarse soportando una mala prestación del servicio por parte del I.S.S. Frente a tal solicitud la E.P.S. Compensar o su similar, no podrá oponerse. En tal caso, la E.P.S.-I.S.S. deberá cofinanciar los costos del tratamiento que Compensar o la E.P.S. elegida deba asumir respecto al accionante, en los términos prescritos por el artículo 4° del Acuerdo 000245 de 2003.

Es decir, que la E.P.S. receptora podría exigir de la E.P.S. del I.S.S el pago proporcional de los costos que se causen durante el primer año del traslado del señor YY, para lo cual “el Ministerio de Protección Social deberá indicar de manera precisa (...), el porcentaje del costo del tratamiento que la E.P.S. del I.S.S. deberá asumir, así como el procedimiento a seguir para el correspondiente cobro, si no lo ha hecho de manera general”9.

De ésta manera, ésta Sala de Revisión confirmará las sentencias de instancia proferidas por los Juzgados Cincuenta y Uno Penal Municipal y Veinticuatro Penal del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

IV. DECISION

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. LEVANTAR los términos suspendidos dentro del trámite de la presente acción de tutela.

Segundo.- CONFIRMAR las sentencias proferidas el 5 de septiembre y 16 de octubre de 2003 por los Juzgados Cincuenta y Uno Penal Municipal y Veinticuatro Penal del Circuito de Bogotá, respectivamente por las consideraciones aquí expuestas.

Tercero. ADVERTIR a Compensar E.P.S., que si el señor YY solicita nuevamente su traslado con base en la mala prestación del servicio por parte del I.S.S., debe proceder a aceptar su traslado y consecuente afiliación.

Cuarto.- Por Secretaría General de la Corte, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

2 El artículo 230 de la ley 100 de 1993 establece: “RÉGIMEN SANCIONATORIO. La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de solidaridad y Garantía.

El certificado de autorización que se le otorgue a las Empresas Promotoras de Salud podrá ser revocado o suspendido por la Superintendencia mediante providencia debidamente motivada, en los siguientes casos:

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

3 Respecto al derecho al traslado de los afiliados al SGSSS en el régimen contributivo, el artículo 16 del Decreto 047 de 2000, aumentó el término de permanencia en la misma E.P.S. de la siguiente manera: “Para efecto de las disposiciones de derecho de traslado del usuario, a partir del 1° de marzo del año 2000, el término para su ejercicio exigirá una permanencia mínima de 18 meses en la misma Entidad Promotora para los nuevos usuarios, o aquellos que tengan derecho de traslado a partir de la fecha mencionada, con los respectivos pagos continuos, sin perjuicio de los derechos de traslado excepcional por falla en el servicio o incumplimiento de normas de solvencia. A partir del año 2002 el plazo previsto en este artículo será de 24 meses”.

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

5 “La exigencia de informar a la Superintendencia Nacional en Salud del caso específico, exponiendo claramente los servicios y medicamentos que le han sido negados, las fechas, las dependencias involucradas y demás datos que ameriten estudio por parte del ente de control, son medidas que si bien pueden ser razonables, devienen innecesarias cuando en el marco de un proceso por acción de tutela un juez de la República verificó la “mala prestación del servicio”.” Sentencia T-011/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

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

8 Las reglas dispuestas por el acuerdo 000245 de 2003, para efectuar la redistribución de pacientes en el Régimen Contributivo son las siguientes:

“1. Se identificarán los pacientes con diagnóstico comprobado con tales patologías a 31 de diciembre de 2002 con la información reportada en el Acuerdo 217.

3. A partir de la diferencia entre el número esperado de pacientes y el número realmente atendido, se definirá para cada EPS, el número de pacientes adicionales que recibirá según corresponda hasta el cupo establecido por EPS. El proceso se hará por departamento de tal manera que la redistribución de los traslados se realice entre las EPS que operen en el mismo sitio de residencia y de atención de los pacientes con las patologías de que trata el presente acuerdo.

4. La selección de los pacientes que se trasladarán de algunas EPS al igual que los que recibirán otras EPS, serán seleccionados por grupos étnicos según el mecanismo que defina y aplique el Ministerio de la Protección Social.

5. Deberá informarse a los pacientes objeto de distribución y a su grupo familiar sobre las EPS a las cuales se puede trasladar, conforme a lo establecido por el Ministerio de la Protección Social. Dichos pacientes deberán elegir la EPS a la cual se trasladarán dentro del mes siguiente a su notificación por parte de la EPS de la cual se traslada. Si dentro de este período el paciente y su grupo familiar no han elegido la EPS, el Ministerio de la Protección Social procederá a escoger la EPS a la cual serán trasladados. En cualquier caso, el traslado se hará efectivo el primer día hábil del mes subsiguiente al de la escogencia.

6. Durante todo el proceso se deberá garantizar la confidencialidad de la información del diagnóstico del paciente”. Para el régimen subsidiado las reglas son similares, pero esta vez vinculando a las A.R.S. respectivas.

9 Sentencia T-010/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil