

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)

Ref.: 11001032400020030053501
AUTORIDADES NACIONALES
Actora: YOLANDA GARCIA DE
CARVAJALINO

Se decide en única instancia la acción de nulidad, promovida por Yolanda García de Carvajalino contra el artículo 6º parcial de la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de octubre), 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 del artículo 3º del Acuerdo 245 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La ciudadana Yolanda García de Carvajalino, en demanda presentada el 28 de septiembre de 2007, solicitó declarar nulo el artículo 6º parcial de la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de octubre).

RESOLUCIÓN NÚMERO 3186 DE 2003

(Octubre 22)

Por la cual se define el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH SIDA e Insuficiencia Renal Crónica en el Régimen Contributivo en desarrollo del artículo 3° del Acuerdo 245 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

EL MINISTRO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

En ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente las que le confiere el artículo 173 de la Ley 100 de 1993,

CONSIDERANDO
(...)

RESUELVE
(...)

ARTÍCULO 6. NOTIFICACIÓN DEL TRASLADO.- Seleccionada la Entidad Promotora de Salud – E.P.S.- a la cual se trasladará el paciente y su núcleo familiar, la EPS de la cual se traslada deberá notificar de este hecho a la Entidad Promotora de Salud -EPS que recibirá el paciente, para que se adelanten los trámites administrativos correspondientes que garanticen la continuidad del tratamiento requerido por el paciente y los de su grupo familiar. En este evento no aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 56 del Decreto 806 de 1998.

El traslado de la Entidad Promotora de Salud E.P.S., implica el diligenciamiento y radicación del formato de traslado a la otra EPS, por parte del cotizante, el cual debe efectuarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de traslado.

De igual forma, la Entidad Promotora de Salud – E.P.S., debe notificar el traslado de los pacientes a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - I.P.S. responsable de su atención, identificando su nombre, documento de identidad, dirección de residencia, teléfono y la Entidad Promotora de Salud - E.P.S. a la cual se trasladan, con el fin de que la Institución Prestadora de Servicios de Salud cese su obligación de atender el paciente que se traslada o para que ésta coordine con la Entidad Promotora de Servicios de Salud - E.P.S. a la cual se traslada el paciente la continuidad del tratamiento, evitando traumatismos para los pacientes por el cambio de Institución Prestadora de Servicios de Salud - I.P.S.

1.1. HECHOS

Mediante la Resolución No. 3186 de 2003 (22 de octubre), el Ministerio de la Protección Social ordenó la distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica en el régimen contributivo.

El artículo 6º de la Resolución acusada en uno de sus apartes preceptúa: *“En este evento no aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 56 del Decreto 806 de 1998”*.

El artículo 56 del Decreto 806 de 1998 (abril 30), por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, establece unas condiciones para hacer efectivo el traslado de usuarios dentro de las entidades administradoras; sin embargo, el artículo demandado señala expresamente que tales condiciones no se aplicarán.

Las normas contenidas en la Resolución No. 3186 de 2003 (22 de octubre), deben ser acordes con el Decreto 806 de 1998 (abril 30), al omitir las disposiciones consagradas en el citado decreto, incurre en causal de nulidad por violación de normas en que debería fundarse.

1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La demandante considera que el artículo 6º parcial de la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de octubre), contraría los artículos 4, 48, 49 y 241 de la

Constitución Política; 12 de la Ley 153 de 1987¹; 84 del Código Contencioso administrativo; Artículos 56 y 60 del Decreto No. 806 de 1998², el Acuerdo 245 de 2003³; los Artículo 2º, 20, 153 numerales 4 y 9, 159 numeral 3 de la Ley 100 de 1993⁴; Decreto reglamentario No. 806 de 1998, artículos 56 y 60; Decreto 047 de 2000⁵ y artículo 15 numeral 9 del Decreto 1485 de 1994⁶, tal como se expone a continuación.

Señaló que el acto acusado es violatorio de los artículos 4, 48, 49 y 241 de la Constitución Política, que garantiza el derecho a la seguridad social y a la atención en salud, porque al ordenar el traslado de pacientes de alto costo a otras E.P.S's, se afecta la continuidad en su tratamiento y se atenta contra el principio de libre escogencia.

Afirmó que el acto acusado establece aspectos no regulados en el Acuerdo 245 de 2003, en especial, aspectos relacionados con el traslado de pacientes antes de los 24 meses de permanencia, violando así las normas superiores en que debería fundarse.

Adicionalmente, la ley 100 de 1993 establece cuáles son los principios y reglas rectoras del servicio público de salud, dentro de ellos está la libertad para escoger entre las distintas entidades promotoras de salud y entre las

¹ Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

² Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

³ Por el cual se establece la política de atención integral de patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS.

⁴ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁵ Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

⁶ Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.

I.P.S., por lo que no es procedente obligar a los familiares y beneficiarios de los enfermos de alto costo para trasladarse a determinadas empresas promotoras de salud.

Señaló que la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de octubre), obliga a los pacientes de alto costo y a sus familias a cambiar de E.P.S, lo cual atenta contra el derecho a un servicio de salud oportuno, eficaz y de calidad, pues se interrumpe su tratamiento.

La norma acusada en su contenido debe ser acorde con el Decreto reglamentario 806 de 1998 por ser norma de superior jerarquía. Al omitir las normas allí consagradas vulnera derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la vida.

Se desconoce además, las reglas de permanencia para la atención de servicios sujetos a periodos mínimos de cotización, pues lo que pretende el legislador con esta norma es evitar el desequilibrio económico que acarrea para las entidades aseguradoras el brindar un tratamiento de alto costo sin poder recuperar parte de la inversión efectuada. En consecuencia, la norma demandada causa graves perjuicios, no solo al paciente y a su grupo familiar, sino también a las I.P.S's y E.P.S's.

La Resolución No. 3186 de 2003 (22 de octubre), no puede ser contraria ni vulnerar normas constitucionales, ni legales a las cuales se debe sujetar por lo que incurre en causal de nulidad.

2. LA CONTESTACIÓN

El Ministerio de la Protección Social se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la disposición acusada fue expedida conforme a derecho.

Indicó que el Acuerdo 245 del CNSSS estableció una política de atención integral de patologías de alto costo y definió como acciones a corto plazo la distribución excepcional de pacientes con VIH Sida e insuficiencia Renal Crónica, la cual se realiza de manera excepcional y por una sola vez. Lo que hace la Resolución No. 3186 de 2003 (22 de octubre), es desarrollar el artículo 3º del citado Acuerdo.

Afirmó que no es cierto que la norma demandada impida el tratamiento de los pacientes trasladados, pues lo que busca la Resolución es que la E.P.S que reciba al enfermo, le garantice un tratamiento integral.

La prestación de los servicios de salud, se encuentra sujeta a la intervención del Estado, que tiene un amplio margen de injerencia para garantizar el derecho a la salud de todas las personas, por medio de regulaciones que deben responder a un principio de razonabilidad, es decir, no puede exceder los fines del Estado Social del Derecho.

Contrario a lo que afirma el demandante, lo que hizo la Resolución No. 3186 de 2003, al desarrollar el artículo 3º del acuerdo 245 del CNSSS, fue dar aplicación al principio de eficacia lo mismo que al mandato constitucional en virtud del cual el estado debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de salud y reglamentar la prestación de los mismos.

En relación con el principio de libre escogencia señalado en el artículo 153 de la ley 100 de 1993, indicó que este principio está garantizado porque el afiliado tiene el derecho de aceptar o no el traslado y en caso de aceptarlo, puede escoger la E.P.S. de su preferencia.

La Resolución acusada no tuvo en cuenta las previsiones del artículo 56 del Decreto 806 de 1998, porque su objetivo es garantizar de manera más expedita la continuidad en el tratamiento requerido por el paciente y su grupo familiar.

Concluyó que el Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de las facultades legales expidió la Resolución No. 3186 de 2003 (22 de octubre), sin vulnerar norma superior alguna.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, señalando que el Ministerio de la Protección Social mediante el acto acusado, definió el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e insuficiencia renal crónica en el régimen contributivo, en desarrollo del artículo 3º del Acuerdo 245 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

El Acuerdo 245 de 2003, fue expedido por el CNSSS a fin de establecer la política de atención integral de patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSS, teniendo en cuenta la evidente concentración de pacientes con estas patologías en alguna E.P.S, lo que conllevó la necesidad de adoptar las medidas para corregir y prevenir la

concentración de costos por estos tratamientos y así evitar el desequilibrio financiero que venía presentando.

El artículo 6º de la Resolución acusada establece que una vez seleccionada la E.P.S a la cual se va a trasladar al paciente y su grupo familiar, se le debe notificar el traslado a la Institución para que adelante los trámites administrativos correspondientes y garantizar así la continuidad en su tratamiento.

Afirmó que la Resolución demandada en ningún momento atenta contra la continuidad del tratamiento de los enfermos de alto costo, pues lo que pretende la norma es buscar que estos pacientes reciban atención médica ininterrumpida y permanente, incluso durante el periodo en el cual se está produciendo el traslado de la entidad prestadora del servicio de salud.

Concluyó que la norma acusada no vulnera el derecho a la libre escogencia porque las medidas tomadas son de carácter excepcional y encuentran su justificación en la necesidad de garantizar una adecuada y eficiente prestación del servicio de salud a los pacientes.

La demandante y el Ministerio de la Protección Social guardaron silencio⁷.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la expresión *“En este evento no aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 56 del Decreto 806 de*

⁷ Folio 223 del expediente

1998” contenida en el artículo 6º de la Resolución No. 3186 de 2003 (22 de octubre), atenta contra normas superiores como lo son el Decreto reglamentario No. 806 de 1998 y la Ley 100 de 1993, entre otros.

Para resolver el interrogante planteado, la Sala comenzará por analizar el marco normativo y jurisprudencial de la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de octubre), para luego estudiar el cargos de violación alegado por la recurrente esto es la violación de normas en que debería fundarse.

1. Marco Normativo y Jurisprudencial de la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de octubre).

La Constitución Política de 1993, en el artículo 48 indicó que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establece la ley.

Señaló además, en el artículo 49, que la atención de salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación.

Por lo anterior, mediante la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de las personas y la comunidad para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

Para el cumplimiento de estos objetivos, la Ley 100 de 1993 creó el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en adelante, CNSSS, como un organismo de dirección, de carácter permanente, adscrito al Ministerio de Salud. Su función primordial es la de adoptar medidas que permitan dirigir y orientar el sistema, dentro de los límites que le impone el ejercicio de sus funciones.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, no solamente es un órgano de carácter consultivo para el sector salud, sino que desempeña un papel de dirección del sistema con capacidad para tomar decisiones de carácter vinculante para todas las instituciones que lo integran, pues sus decisiones son obligatorias⁸.

Por lo tanto, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante los Acuerdos 217⁹ y 227¹⁰ adoptó medidas para garantizar un equilibrio financiero del SGSSS.

Una vez expedidos estos Acuerdos, las E.P.S informaron que los pacientes que presentaban patologías de VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica se estaban concentrando en determinadas E.P.S, lo cual ocasionaba

⁸ Ver. Corte Constitucional, Sentencia C-577/95, Expediente: Demanda N° D-830, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 217 de 2001 “Por el cual se establece un mecanismo para el reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico de la atención en salud del régimen contributivo”, Diario Oficial No. 44.662, de 30 de diciembre de 2001.

¹⁰ Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 227 de 2002 “Por el cual se establece un mecanismo para el reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico de la atención en salud del Régimen Subsidiado y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial 44.847 de 24 de junio de 2002.

dificultades de índole operativo y presupuestal, pues su tratamiento es de alto costo y de mayor impacto financiero¹¹.

Por lo anterior, el entonces Ministerio de Salud recomendó redistribuir los pacientes con estas patologías entre las diferentes E.P.S, en aras de garantizarles un tratamiento adecuado y prevenir un desequilibrio financiero¹².

Por esta razón, se expidió el Acuerdo 245 de 2003¹³, el cual estableció una política integral para el manejo de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica, con el fin de garantizarles una adecuada atención y mejorar la utilización de los recursos financieros del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En efecto, el artículo 3º del Acuerdo 245 de 2003, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 248 de 2003¹⁴ señaló:

“ARTÍCULO 3o. DISTRIBUCIÓN EXCEPCIONAL DE PACIENTES CON VIH-SIDA E INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA. . El nuevo texto es el siguiente: De manera excepcional y por una sola vez en el Régimen Contributivo, se realizará la distribución de pacientes con insuficiencia renal crónica y VIH-Sida que están siendo atendidos por entidades promotoras de salud que presenten concentración de éstos, hacia las entidades promotoras de salud que tengan desviación por debajo de la tasa promedio de pacientes por cien mil afiliados, para lo cual se aplicarán las siguientes reglas:

¹¹ Ver consideraciones del Acuerdo Acuerdo 245 de 2003.

¹² *Ibidem*.

¹³ Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 245 de 2003, Por el cual se establece la política de atención integral de patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS” Diario Oficial No. 45.145, de 1 de abril de 2003.

¹⁴ Acuerdo No. 00248 de 2003, por el cual se modifica el artículo 3º del Acuerdo 245 y se determina un nuevo plazo. Diario Oficial No. 45348 de Octubre 22 de 2003.

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

2. Se definirá el número esperado de pacientes con estas patologías utilizando la tasa promedio del número de pacientes por cien mil afiliados de la totalidad de las EPS más una desviación del 20% para cada patología, según información recibida durante el segundo semestre de 2002, en cumplimiento del Acuerdo 217 del CNSSS.

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 etareos 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 pueden 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.

Esta distribución se realizará a más tardar el 24 de octubre de 2003. En cualquier caso se hará extensiva a sus respectivos núcleos familiares.

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúan de este mecanismo de redistribución, los afiliados a las entidades adaptadas al sistema.

PARÁGRAFO 2o. 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”.

En virtud del artículo 3º del Acuerdo 245 de 2003 cuando en una E.P.S se presente concentración de pacientes con Insuficiencia Renal Crónica y VIH-Sida, de manera excepcional y por una sola vez, se deberán redistribuir esos

pacientes entre las E.P.S que tengan menor número de pacientes con estas patologías.

A través de la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de octubre), se definió el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica establecido en el artículo 3° del Acuerdo 245 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Esta resolución señaló el procedimiento para el cálculo de pacientes a distribuir, creó una veeduría para este proceso de selección y señaló las reglas para la comunicación, término y notificación del traslado, así como las excepciones respecto a los pacientes que ya fueron trasladados o que no quisieran trasladarse de E.P.S.

Ahora bien, la Corte Constitucional y esta Sección en varios de sus pronunciamientos se han referido al procedimiento de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica, establecido mediante el Acuerdo 245 de 2003 y desarrollado por la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de Octubre).

En efecto, el alto Tribunal Constitucional en sentencia T-436/04, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, al analizar las implicaciones del Acuerdo 000245 de 2003 y de la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de Octubre), en el traslado de pacientes de VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica (IRC), señaló:

“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 Subsidiado.

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.

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”.

(...)

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.

(...)

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”¹⁵. (resaltado fuera del texto)

Posteriormente, esta Sección al revisar la legalidad del Acuerdo 245 de 2003, en sentencia del 11 de octubre de 2006, concluyó¹⁶:

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-436/04, Expediente: T-819532, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 11 de octubre de 2006, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

“Se tiene, entonces, que la finalidad del Acuerdo fue el buscar que los pacientes con las patologías indicadas tuvieran en realidad una atención adecuada y evitar el desequilibrio financiero del Sistema, lo cual se encuentra acorde con los principios constitucionales y legales que disponen que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado (artículo 49 del C.C.A.) y que los objetivos del SGSSS son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención (artículo 152 de la Ley 100 de 1993), lo cual pretendió el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante la distribución equitativa entre EPS de los pacientes con VIH-SIDA e insuficiencia renal crónica, en desarrollo de la función a él expresamente atribuida por el artículo 172, numeral 9, de la Ley 100 de 1993.

Debe tenerse en cuenta, además, que lo importante es que se garantice la prestación del servicio de salud a los pacientes que padecen VIH-SIDA o insuficiencia renal crónica, pues no tiene sentido dejar a éstos en una EPS que no puede prestar adecuadamente el servicio, en vez de trasladarlo a una que sí puede hacerlo” (...).

2. Del Caso en Concreto.

Estudiará la Sala si la expresión “En este evento no aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 56 del Decreto 806 de 1998”, contenida en el artículo 6º de la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de octubre), vulnera normas superiores.

El artículo 56 del Decreto 806 de 1998 establece:

“Decreto 806 de 1998

Artículo 56. Efectividad del traslado. *En concordancia con lo establecido por el artículo 46 del Decreto 326 de 1996, el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador o el pensionado tendrá a su cargo la prestación de los servicios hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.*

El primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la nueva Entidad Promotora de Salud.

El traslado de un trabajador independiente que se haya retirado de una Entidad Promotora de Salud, adeudando sumas por conceptos de cotizaciones o copagos, se hará efectivo en el momento en que el afiliado cancele sus obligaciones pendientes con el Sistema General de Seguridad Social en Salud a la Entidad Promotora de Salud a la cual se encontraba afiliado.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que sean procedentes contra el trabajador o el aportante. Para tal efecto, la certificación de deuda que expida la administradora prestará mérito ejecutivo.

Parágrafo. *Las entidades que indebidamente reciban aportes del empleador por un trabajador trasladado a otra EPS deberá reintegrar estas sumas dentro de los quince días siguientes a su requerimiento”.*

Es decir, que las condiciones que establece el artículo 56 del Decreto 806 de 1998, son:

- a. El traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del **segundo mes siguiente** a la fecha de presentación de la solicitud.
- b. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador o el pensionado tendrá a su cargo la prestación de los servicios hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.
- c. El primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la nueva Entidad Promotora de Salud.
- d. El traslado de un trabajador independiente que se haya retirado de una Entidad Promotora de Salud, adeudando sumas por conceptos de cotizaciones o copagos, se hará efectivo en el

momento en que el afiliado cancele sus obligaciones pendientes con el Sistema General de Seguridad Social en Salud a la Entidad Promotora de Salud a la cual se encontraba afiliado.

- e. Las entidades que indebidamente reciban aportes del empleador por un trabajador trasladado a otra EPS deberá reintegrar estas sumas dentro de los quince días siguientes a su requerimiento.

Ahora bien, la demandada Resolución 3186 de 2003 (24 de Octubre), por la cual se define el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica en el Régimen Contributivo, establece:

“Artículo 5. Término para el traslado. Los pacientes que en virtud de lo establecido en el Acuerdo 245 del CNSSS y la presente Resolución deban ser trasladados, deberán dentro del mes siguiente a la comunicación de que trata el artículo anterior elegir la EPS a la cual se trasladarán informando de su decisión a la E.P.S. donde se encuentran afiliados. Si vencido este término el paciente y su grupo familiar no han elegido la EPS a la cual se trasladarán, 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 que se entenderá desde la fecha de radicación de la novedad de traslado en la EPS seleccionada según las normas vigentes”.** (Resaltado fuera del texto)

“Artículo 6. Notificación del Traslado.- Seleccionada la Entidad Promotora de Salud – E.P.S.- a la cual se trasladará el paciente y su núcleo familiar, la EPS de la cual se traslada deberá notificar de este hecho a **la Entidad Promotora de Salud -EPS que recibirá el paciente, para que se adelanten los trámites administrativos correspondientes que garanticen la continuidad del tratamiento requerido por el paciente y los de su grupo familiar.** En este evento no aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 56 del Decreto 806 de 1998.

El traslado de Entidad Promotora de Salud E.P.S., implica el diligenciamiento y radicación del formato de traslado a la otra EPS, por

parte del cotizante, el cual debe efectuarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de traslado.

De igual forma, la Entidad Promotora de Salud – E.P.S., debe notificar el traslado de los pacientes a la Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - I.P.S. responsable de su atención, identificando su nombre, documento de identidad, dirección de residencia, teléfono y la Entidad Promotora de Salud - E.P.S. a la cual se trasladan, con el fin de que la Institución Prestadora de Servicios de Salud cese su obligación de atender el paciente que se traslada o para que ésta coordine con la Entidad Promotora de Servicios de Salud - E.P.S. a la cual se traslada el paciente la continuidad del tratamiento, evitando traumatismos para los pacientes por el cambio de Institución Prestadora de Servicios de Salud - I.P.S.". (Resaltado fuera del texto)

Así las cosas, la Resolución 3186 de 2003 (24 de Octubre), estableció un procedimiento especial para el caso de traslado de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica y al omitir lo establecido en el Decreto 806 de 1998, favoreció a los pacientes con Sida o enfermedad renal crónica que no tendrían que esperar hasta el primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud para su atención.

En efecto, los artículos 5 y 6º de la Resolución 3186 de 2003 (24 de Octubre), establecen que el traslado del paciente se hace efectivo **el primer día hábil del mes siguiente** a la radicación de la novedad del traslado y se debe garantizar la continuidad del tratamiento requerido por el paciente, es decir que se debe garantizar la atención inmediata en la nueva entidad.

Por el contrario, se reitera, el artículo 56 del Decreto 806 de 1998 señala que el traslado solo se hará efectivo a partir del primer día calendario **del segundo mes siguiente** a la fecha de presentación de la solicitud y que la entidad de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación del

servicio hasta el día anterior a aquel que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

Es decir, que el procedimiento señalado en la Resolución acusada es mucho más ágil y eficiente que el señalado en el artículo 56 del Decreto No. 806 de 1998, y garantiza el derecho a la salud y a la seguridad social de los pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica

En relación con la violación a los Artículos 2º, 20, 153 numerales 4 y 9, 159 numeral 3º de la Ley 100 de 1993, relacionados con el principio a la libre escogencia y a la calidad en el servicio de salud, la Corte Constitucional en distintas oportunidades y de manera reiterada, se ha pronunciado, señalando que este principio 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 Salud¹⁷.

Sin embargo, este derecho, como cualquier otro derecho que se garantiza en el estado democrático de derecho, no es absoluto, por lo que la legislación y la jurisprudencia han establecido limitantes al mismo.

En consecuencia, la expresión acusada no viola la ley 100 de 1993, en los artículos citados, pues el artículo 6º de la Resolución acusada se refiere al trámite que se debe adelantar en relación con la notificación de los traslados

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, Expedientes: T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

de E.P.S y en su contenido no hace referencia alguna al derecho a la libre escogencia, monto de cotizaciones o calidad del servicio.

Adicionalmente, la norma cuestionada, no vulnera el artículo 60 del Decreto 806 de 1998 que señala los períodos mínimos de cotización, el Decreto 047 de 2000 que dicta normas sobre afiliación, y el Decreto 1485 de 1994, Artículo 14 numeral 9 que indica los períodos de permanencia para atención de servicios sujetos a períodos mínimos de cotización, pues en ninguno de sus apartes omitió las normas relativas a la filiación y períodos mínimos de cotización.

Por lo expuesto, la Sala considera que la expresión “En este evento no aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 56 del Decreto 806 de 1998”, contenida en el artículo 6º de la Resolución No. 3186 de 2003 (24 de octubre), no contraría los artículos 4, 48, 49 y 241 de la Constitución Política, ni el artículo 56 del Decreto No. 806 de 1998, ni las demás normas invocadas en la demanda.

De conformidad con los argumentos precedentes, la Sala no accederá a las pretensiones de la demandante y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.
2. Una vez en firme esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
GONZÁLEZ
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

GUILLERMO VARGAS AYALA