

Para responder a este Documento, favor citar este número: **8005-1-167157**

Bogotá D.C., 17 de mayo de 2006

Señora
YEIMY JOHANA MORENO MARTÍNEZ
SIN DIRECCIÓN - PUBLICAR EN PÁGINA WEB
BOGOTÁ D.C.

Referencia: MOVILIDAD - PÉRDIDA DE ANTIGÜEDAD

Respetada señora:

Atentamente nos permitimos dar concepto a su petición del epígrafe en los siguientes términos:

LA CONSULTA

Con fundamento en el párrafo 2º del artículo 10 del Decreto 2400 de 2002, solicita usted "autorización" para cambiar de EPS, puesto que considera que, en su caso, hubo pérdida de antigüedad.

FUNDAMENTOS

En primer lugar, la norma a la cual usted alude es el artículo 2º del comentado Decreto, el cual modificó el artículo 10 del Decreto 1703 de 2002.

Ahora bien, esta Superintendencia, con fundamento en el numeral 1. del artículo 4º del Decreto-ley 1259 de junio 20 de 1994, ejerce la funciones de Inspección, Vigilancia y Control, entre otros, a las Empresas Promotoras de Salud -EPS-. Así mismo, las funciones y facultades, están consagradas en el artículo 5º del citado decreto. e esta manera es necesario aclarar que, con base en esta normatividad, este órgano de control no expide autorización alguna, para el cambio de EPS, -movilidad en el Sistema-.

Por lo tanto, y sin contar con las especificidades del tema, se efectúan algunas precisiones sobre la movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, para el cambio de EPS.

MARCO JURÍDICO

El esquema de aseguramiento, contenido en la Ley 100 de 1993, contempla, entre uno de sus principios, la libre escogencia (artículo 178), en virtud del cual se establece como obligación de las EPS definir los procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y su grupo familiar, a las instituciones prestadoras con las cuales hayan establecido convenios sea en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional.

Igualmente, este derecho de “libre escogencia” constituye también una característica básica del Régimen General de Seguridad Social en Salud. En efecto, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, al hacer referencia a las características que informan el servicio de salud, establece en su literal g) que: *“Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.”*

Sobre ese particular, resulta importante destacar que el derecho fundamental de acceso a la seguridad social, previsto de manera específica en los artículos 48 y 49 de la Carta, comprende no sólo el acceso al sistema de salud como tal y a su cobertura, sino que además se proyecta sobre las garantías de permanencia y traslado de sus afiliados dentro del sistema.

Esta oficina, sobre el tema de la movilidad, ha conceptuado con oficio NURC 8022-1-5723 del 27 de abril de 2006, así:

"En primer lugar, debe advertirse que, en virtud del esquema de competencia introducido con la Ley 100 de 1993, la movilidad en el Sistema General de Salud, es un derecho que le asiste a los usuarios en virtud del principio de la libre elección, 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.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pródiga en sus pronunciamientos, respecto al Derecho a la Libre escogencia de la EPS -movilidad dentro del Sistema-

"El derecho fundamental de acceso a la seguridad social, previsto de manera específica en los artículos 48 y 49 de la Carta, comprende no sólo el acceso al sistema de salud como tal y a su cobertura, sino que además se proyecta sobre las garantías de permanencia y traslado de sus afiliados dentro del Sistema. Ello explica por qué el derecho a la libre escogencia (...) constituye un principio fundante del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, a su vez, una

característica básica del mismo." (**Sentencia T-011 de 2004. Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil**)

"En un Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana, en ejercicio de la libertad y autonomía, toda persona tiene derecho a tomar decisiones determinantes para su vida. En tal contexto, la elección de la entidad a la que se confiará el cuidado de la salud, la vida y la integridad, hace parte de esas decisiones personales inalienables que deben ser objeto de protección constitucional. En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia ha garantizado el derecho a libre elección de una ARS a una comunidad indígena cuando se contraría su voluntad expresa y se ha condicionado la interpretación de normas legales que restringían razonablemente a algunas entidades encargadas de administrar servicios de salud la posibilidad de ofrecer sus servicios. Debe entonces reconocerse a las personas, dentro de los límites normativos que en desarrollo de sus competencias fijen el legislador y los entes reguladores, la libertad de decidir cuál es la entidad a la que confiarán el cuidado de la salud propia y la de aquellas personas que se encuentren a su cargo, como sus hijos por ejemplo." (**Sentencia T- 010 del 15 de enero de 2004.Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa**).

"El derecho de toda persona a escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud, también es la forma en que el legislador cumple con el mandato constitucional de crear un sistema de salud eficiente y de calidad. En el contexto del Sistema de salud basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen servicios, tal como lo es el sistema consagrado en la Ley 100 de 1993, reconocer en cabeza de todas las personas la libertad de elegir a qué entidad afiliarse es una forma de garantizar la dignidad (en el sentido de autonomía) y de asegurar que los dineros y demás recursos con que cuenta el Sistema, se destinarán a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de Salud." (**Sentencia T-010/04**)."

De ahí que no resultan aceptable restricciones a este principio por fuera de las exigidas en la normatividad legal. (numerales 4 y 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 047 de 2000).

Ahora bien, siguiendo el principio general según el cual dentro de un Estado de derecho los derechos y garantías no tienen un carácter absoluto, el derecho a la "libre escogencia" ha sido objeto de una regulación jurídica que impone el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos para que pueda ejercerse en forma razonable, por fuera de las cuales, descritas en los numerales 4 y 9 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, no pueden imponerse limitaciones al ejercicio del derecho de libre escogencia."

Para el caso en concreto, aun cuando no se predica aquí, uno de los requisitos para ejercer el derecho a la movilidad en el sistema es cumplir con los que impone la ley en esta materia, el que se refiere al período mínimo de permanencia que de

conformidad al artículo 16 del Decreto 047 de 2000 es de dos (2) años exigencia. No obstante, cuando el trabajador se retira de la EPS y pierde la antigüedad en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y **se encuentra a paz y salvo en el pago de aportes y demás obligaciones económicas**, deja de existir el vínculo jurídico con la respectiva EPS a la cual estuvo inscrito, por tanto, para reingresar al Sistema debe volverse a afiliar. Como se trata de una nueva afiliación, tiene libertad de escoger para ello la EPS la misma donde estuvo afiliado u otra de su predilección, aunque en la EPS que estuvo inscrito no acredite permanencia mínima de 24 meses. La exigencia de este término de permanencia en la misma EPS es para efectos de ejercer el derecho a la libre escogencia de EPS con fines de traslado, pero como al perder la antigüedad cesa todo vínculo jurídico con la EPS a la cual estuvo inscrito - siempre que esté a paz y salvo- no se habla de traslado, sino de una nueva afiliación al Sistema. Las figura jurídica del traslado se aplica cuando el trabajador se encuentra inscrito en una EPS, o cuando habiéndose producido su retiro, aún no ha perdido su antigüedad.

Ahora, cuando habiendo perdido la antigüedad, **pero no se está a paz y salvo con la EPS** respecto a las obligaciones económicas, sigue existiendo un vínculo jurídico del trabajador con dicha EPS y, por tanto, el trabajador debe reingresar al Sistema inscribiéndose en la EPS a la cual estuvo inscrito, así cumpla con el requisito de haber permanecido en ella durante 24 meses.

Al tenor del párrafo del artículo 2 del Decreto 2400 de 2002, los trabajadores que no hayan perdido su antigüedad solamente están obligados a reactivar su afiliación en la misma EPS ante la cual se surtió la novedad de retiro, cuando no reúnen los requisitos exigidos para ejercer el derecho a la libre escogencia de EPS. Si perdieron su antigüedad, o no habiéndola perdido cumplen con los requisitos de movilidad en el Sistema tienen libertad plena de escoger EPS, excepto cuando tengan deuda pendiente de aportes a la EPS a la cual estuvieron afiliados.

Es importante advertir que el presupuesto del tiempo sin cotizar, durante el término de seis (6) meses, ya no es causal de pérdida de la antigüedad al Sistema, así lo señaló el Consejo de Estado -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- Sección Primera, en fallo del 23 de febrero de 2006, CONSEJERO PONENTE: Doctor GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Expediente No. 00175, el cual, mediante Acción de Nulidad declaró la nulidad del literal f) del artículo 64 del Decreto 806 del 30 de abril de 1998, "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 todo el territorio nacional", expedido por el Gobierno Nacional.

La citada norma expresaba:

"Pérdida de la antigüedad. Los afiliados pierden la antigüedad acumulada en los siguientes casos:

(.....)

f). Cuando se suspenda la cotización al Sistema por seis o más meses continuos;..".

Al respecto dijo la alta Corte:

"Del texto de la norma transcrita se deduce que la terminación de la relación contractual o la negativa a la afiliación de un usuario pueden obedecer al no pago de la cotización o del subsidio correspondiente o a las conductas de abuso o mala fe en que aquél incurra, aspecto este último cuya reglamentación le corresponde al Gobierno Nacional

Ahora, la terminación de la relación contractual en tratándose de conductas constitutivas de abuso o mala fe lógicamente conlleva la afectación de la antigüedad. De tal manera que respecto de las conductas descritas en el acto acusado que comporten dicha mala fe no puede predicarse exceso en la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional; empero observa la Sala que la conducta relacionada en el literal f), esto es, la suspensión de la cotización al sistema por seis o más meses continuos no necesariamente implica un comportamiento constitutivo de abuso o mala fe; si bien es cierto que en estos casos las EPS (s) pueden terminar la relación contractual, porque así lo autoriza expresamente el citado artículo 183 de la Ley 100, no es menos cierto que ello no implica la afectación de la antigüedad porque no involucra una conducta abusiva o de mala fe. De ahí que en el citado literal f) la reglamentación vulnere los principios que gobiernan la seguridad social y por ello debe accederse a las pretensiones de la demanda, en lo que respecta a ese literal."

De igual manera, existen otros hechos legales que, de cumplirse, tienen como consecuencia jurídica la pérdida de antigüedad del trabajador, como son: el artículo 64 del Decreto 806 de 1998, con la excepción antes señalada, numeral 7 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, y artículo 14 del Decreto 047 de 2000 señalan tales hechos. No obstante, siguiendo con el criterio del Consejo de Estado, el reglamento solo puede incluir situaciones que giren en torno a la mala fe o abuso del usuario.

Por último, señala usted que ya operó el fenómeno de la pérdida de antigüedad, con fundamento en la cita del parágrafo 2°, del artículo 2° del decreto 2400 de 2002, pero no da más información al respecto, motivo por el cual a esta Oficina Jurídica le es difícil conceptualizar puntualmente sobre lo pedido, porque no aclara cual fue la conducta, objeto de pérdida de antigüedad. Sin embargo, se dejan hechas las precisiones anteriores, fundadas en la posición jurídica de esta oficina, la normatividad y la jurisprudencia vigentes, especialmente la precisión realizada por el Consejo de Estado.

Por lo anterior, usted puede solicitar, por escrito, en ejercicio del DERECHO DE PETICIÓN, a la EPS a la cual está afiliado, para que con base en la normatividad y jurisprudencia antes citada responda sus inquietudes, pues es un deber constitucional y legal de las entidades públicas y privadas, a quienes el Estado por

conducto de la ley les confirió atender este servicio público esencial y obligatorio(art. 4º de la Ley 100 de 1993), y ejercer en debida forma las funciones delegadas, en atención a los principios de Eficiencia, Universalidad y Participación, (arts. 2º, 4º, 177 y 178 ibídem). A ese carácter permanente se suma el de obligatoriedad, pues *"a la luz de la Constitución, el Estado es responsable de garantizar que las entidades de la seguridad -pública o particulares- estén dispuestas en todo momento a brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios"*. (Corte Constitucional, sentencia T-520 de noviembre 10 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara).

Finalmente, la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de facilitar a los usuarios y público en general el acceso directo a sus pronunciamientos, ha publicado en su página de internet www.supersalud.gov.co <http://www.supersalud.gov.co>, la base de conceptos en materia de seguridad social expedidos en el presente año 2005, a la cual se puede ingresar por el ícono de **"Normatividad"** -, dando clic en el link **"Consultas Oficina Jurídica"**. Así mismo, se puede acceder al **Boletín Jurídico** que contiene información normativa y jurisprudencial que también puede serle de utilidad.

De esta manera, doy respuesta a su consulta, cualquier inquietud adicional estaremos prestos a absolverla. El presente concepto se expide de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del C.C.A. Como se ignora la dirección, el presente concepto se publicará en la página WEB, de conformidad con lo prescrito en el artículo 6º de la Resolución 083 de 2005 de esta Superintendencia.

Cordialmente,

JUAN FERNANDO ROMERO TOBON
JEFE OFICINA JURIDICA (E)

Copia:

Observaciones: SIN OBSERVACIONES

No. Folios: 6

No. Anexos: 0

Redactó: PEDRO ANTONIO CRUZ/SE PUBLICA EN LA PÁGINA WEB, POR NO TENER DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN