

Sentencia T-270/05

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Caso en que EPS entra en liquidación

No cabe duda que cuando una EPS entra en liquidación debe asegurar la continuidad en la prestación de los servicios médicos de sus afiliados, hasta que su traslado a otra EPS se haya hecho efectivo y opere en términos reales, con el fin de respetar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen para la prestación del servicio público de salud. Corresponde a la EPS a la que está afiliada la persona que requiere el servicio, proporcionarle la atención médica hasta el mismo momento en que empieza a operar la nueva relación contractual, y con mayor razón en aquellos eventos en que el retiro del trabajador obedece a la liquidación de la EPS original, pues las consecuencias de ese trámite no tienen porque afectar a sus afiliados bien sean trabajadores o pensionados, en especial a quienes están siendo atendidos porque los aquejan graves dolencias que comprometen entre otros, sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y justas y a la salud.

DERECHO DEL USUARIO DEL SERVICIO DE SALUD A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD QUE LO SUMINISTRARA-Garantía

La Ley 100 de 1993 introduce la libre escogencia de las entidades encargadas de suministrar el servicio de salud, de forma tal que además de garantizar la libre determinación de los usuarios del sistema, crea un sistema de salud eficiente y de calidad, y en consecuencia asegura que los dineros y demás recursos con que éste cuenta, se destinen a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de salud, en el contexto de un sistema basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen sus servicios. De acuerdo con los lineamientos constitucionales y legales, el ejercicio del derecho a la libre escogencia, comporta una garantía básica para asegurar el derecho fundamental de acceso a la Seguridad Social en materia de salud, y por consiguiente permite que éste último se materialice en una prestación regular, continua, oportuna y eficiente en relación con los servicios médicos que requieran los afiliados y que se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Deber de EPS de orientar y acompañar en las diligencias de traslado y consecuente afiliación de usuarios a nuevas EPS

Es claro para la Corte, que la entidad prestadora del servicio salud tiene la obligación de informarle de manera precisa y anticipada a los afiliados que va a entrar en estado de liquidación o que se encuentra en él, con el fin de que los usuarios al conocer dicha situación puedan ejercer con tiempo suficiente y dentro del término que establece la Ley, su derecho a la libre escogencia, y por consiguiente seleccionen una nueva EPS que se haga cargo del suministro de los servicios de salud que requieren, y no solo eso, en tanto su nueva afiliación comienza a operar debe garantizárseles sin solución de continuidad la prestación del servicio de salud, pues los usuarios no pueden ver afectados sus derechos fundamentales por la negligencia y falta de previsión de la EPS. El desorden administrativo en una entidad que presta servicios de salud, no puede afectar a los beneficiarios del sistema pues estos no deben asumir la imprevisión administrativa y menos si repercute directamente en sus derechos fundamentales, de forma tal que no se puede someter a los usuarios al agotamiento de una serie de trámites administrativos para la autorización y posterior realización de tratamientos médicos que requieren con urgencia o con ocasión de una enfermedad ruinosa o catastrófica, especialmente en aquellos casos en que la dilación injustificada en la prestación del servicio de salud obedece al estado de liquidación de la entidad, dando lugar a que se hagan más gravosos los padecimientos, pues es apenas lógico que los tratamientos que se ordenan por los médicos tratantes tienen por objeto recuperar la salud del paciente y por ende prolongar su vida, pero precisamente para dar cumplimiento a dicho propósito deben ser practicados a tiempo.

EPS CAJANAL EN LIQUIDACION-Cuenta con presupuesto necesario para autorizar y garantizar pago de los procedimientos médicos que estén en curso respecto de afiliados

CAJANAL S.A. EPS a la fecha cuenta con el presupuesto necesario para autorizar y garantizar el pago de los procedimientos médicos que requieren sus afiliados y que estén en curso, como quedó establecido anteriormente, dado que los dineros por concepto de cotizaciones obligatorias permanecen intactos al no hacer parte de la masa de liquidación, y adicionalmente cuenta con la partida presupuestal correspondiente al año 2004, que por orden del Gobierno Nacional continuará ejecutándose a cargo de dicha entidad. Así las cosas, es claro que CAJANAL S.A. EPS en el caso sub-examine a pesar de encontrarse en estado de

liquidación debe hacerse cargo de la autorización, práctica y asunción del costo de los tratamientos médicos que requieren las accionantes, en aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud como lo establece el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cuenta con el presupuesto para esos efectos, y además, simultáneamente a la autorización y práctica de los procedimientos médicos, deberá hacer efectiva la obligación de orientación y acompañamiento a éstas mientras que se asegura su traslado y consecuente afiliación a una nueva EPS que en adelante se haga cargo de la prestación del servicio de salud. Finalmente, se debe aclarar que si bien CAJANAL S.A. EPS debe asumir el costo de los procedimientos médicos requeridos por las tutelantes, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Decreto 4409 de 2004, cuenta con la correspondiente acción de cobro para el reembolso de dichos recursos, ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, a través de un proceso de declaración de giro y compensación.

EPS CAJANAL EN LIQUIDACION-Procedimientos internos establecidos para lograr atención médica violan derechos fundamentales

La no práctica de los procedimientos médicos que requieren las tutelantes, por el simple hecho de dar prevalencia al cumplimiento de unos procedimientos internos que se encuentran establecidos, por CAJANAL S.A. EPS atenta directamente contra sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la salud y la dignidad humana que debe garantizar el Estado, en cumplimiento de sus fines esenciales, especialmente si se considera que CAJANAL S.A. EPS tiene pleno conocimiento de su delicado estado de salud, en razón a las patologías que padecen puesto que han venido siendo tratadas por médicos adscritos a dicha entidad, de forma tal que su deber legal es prestar de forma eficiente y oportuna la atención que éstas necesitan, sin dilaciones injustificadas. Debe la Corte advertir que no se trata de desconocer el estado de disolución y liquidación por el que atraviesa CAJANAL S.A. EPS, y que dificulta la prestación del servicio de salud, lo que ocurre es que los afiliados son ajenos a dicho asunto, y si bien les corresponde colaborar escogiendo otra EPS que continúe suministrando el servicio requerido, no se les puede exigir tal colaboración ad portas de la necesidad de tratamientos urgentes, por situaciones que les impiden inclusive su propio desplazamiento, entre otras situaciones particulares, por el mero cumplimiento de unos trámites administrativos a nivel interno, y que en el caso bajo estudio llevaron hasta la suspensión en la atención del servicio público de salud.

Referencia: expedientes T-1002475 y T-1002477 Acumulados

Acciones de tutela instauradas por Vilma Maza Navarro y Carmen María Santiago Sepúlveda contra la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL S.A. EPS- Seccional Barranquilla

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Primero y Tercero Penal del Circuito de Barranquilla y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla -Sala Penal- dentro de las acciones de tutela instauradas por Vilma Maza Navarro y Carmen María Santiago Sepúlveda contra la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL S.A. EPS- Seccional Barranquilla.

I. ANTECEDENTES

La Sala Número Once de la Corte Constitucional, mediante auto del doce (12) de noviembre de 2004, seleccionó las presentes acciones de tutela, decidió acumularlas y las repartió a esta Sala para su revisión.

Las señoras Vilma Maza Navarro y Carmen María Santiago Sepúlveda instauraron acción de tutela contra la Caja Nacional de Previsión -CAJANAL S.A. EPS-, Seccional Barranquilla, para que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad física y la seguridad social, previstos en los artículos 11, 48 y 49 de la Constitución Política respectivamente y en consecuencia solicitan que se ordene a CAJANAL suministrarles en forma inmediata los medicamentos que requieren para tratar las patologías que padecen, así como prestarles todos los servicios médicos integrales que les fueron ordenados con el fin de

lograr el restablecimiento de su salud.

1. La demanda de tutela

Las accionantes sustentan sus demandas en los siguientes hechos:

1.2. Vilma Maza Navarro

1.2.2. Hace un año aproximadamente no ha podido continuar con el tratamiento que le fue prescrito por el médico tratante, toda vez que en la entidad accionada le han informado que está en liquidación, y que no puede en consecuencia seguir brindándole la atención en salud que solicita.

1.2.3. Acudió a varias entidades promotoras de salud, entre otras a Solsalud, Salud Total y Coomeva, con el fin de solicitar que le fuera prestada la atención médica que requiere, pero en todas ellas le informaron que no podían cobijar el tratamiento médico que necesita debido al tipo de patología que padece.

1.2.4. Su actual estado de salud es muy delicado, puesto que se le dificulta moverse a consecuencia de la artritis que ha desarrollado en las caras anterior y posterior de las rodillas y de los pies.

1.3. Carmen María Santiago Sepúlveda

1.3.1. Refiere que padece una patología en la visión, la cual ha venido siendo atendida por CAJANAL S.A. EPS -Seccional Barranquilla-, entidad a la que se encuentra afiliada en su calidad de pensionada por sustitución y a la que ha cotizado en forma continua e ininterrumpida.

1.3.2. De conformidad con la prescripción médica, los problemas de visión que padece consisten en que en el ojo derecho presenta cataratas y en el ojo izquierdo micro hemorragias en la retina, motivo por el que fue ordenada la remisión y valoración con un retinólogo a efectos de establecer el tratamiento a seguir.

1.3.3. Se dirigió a la entidad accionada con el fin de que le fuera autorizada la prestación de los servicios médicos que requiere, sin embargo allí le informaron que no podían atenderla ni

autorizar el tratamiento médico solicitado, toda vez que dicha entidad se encontraba en liquidación.

1.3.4. Debido a la urgencia del tratamiento médico que necesita, se vio obligada a contratar los servicios de un especialista particular con el fin de ser atendida, dicho profesional le diagnosticó trombosis en el ojo izquierdo, patología que afecta paulatinamente su visión al punto que ésta puede llegar a perderse.

1.3.5. El médico particular le ordenó la práctica de una intervención quirúrgica con carácter urgente, cuyo costo asciende aproximadamente a \$6.000.000., con el fin de evitar perder la visión o aún más sufrir una trombosis cerebral, no obstante no cuenta con los ingresos económicos suficientes para sufragar dicha cirugía, toda vez que su mesada pensional es por valor de un salario mínimo legal.

1.3.6. La negativa de la entidad accionada para autorizar la prestación de los servicios médicos que requiere, genera un inminente riesgo para su salud, no solo por la grave patología que padece sino porque se trata de una persona de la tercera edad.

2. Argumentos de la Defensa

El juez de primera instancia decidió vincular a la acción de tutela instaurada por la señora Vilma Maza Navarro, a SOLSALUD EPS, SALUDTOTAL EPS y a COOMEVA EPS en calidad de accionados con el fin de que se pronunciaran igualmente sobre los hechos de la demanda.

2.1. Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- EPS

La Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL S.A. EPS- Seccional Barranquilla, intervino en la presente acción mediante la Gerente Regional y la Oficina de Asesoría Jurídica.

2.1.1. La Gerente Regional Costa Norte de CAJANAL S.A. EPS, una vez notificada de las demandas, intervino para exponer fundamentalmente lo siguiente.

Advierte que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1777 del 26 de junio de 2003, determinó la escisión de CAJANAL E.I.C.E., de la actual Subdirección General Administrativa y Financiera, de las Direcciones Seccionales y las demás dependencias de cualquier nivel vinculadas a la prestación del servicio de salud, de forma tal que CAJANAL S.A. EPS ya no es

una empresa social del Estado, sino una empresa de economía mixta.

Señala que en CAJANAL S.A. EPS existen unos instructivos internos aplicables nacionalmente que establecen los pasos y procedimientos a seguir cuando se requiere la prestación de ciertos procedimientos médicos del nivel de atención de salud, consistentes en que: "...se cotiza ante una IPS el valor del procedimiento médico o del medicamento que requiera el paciente dependiendo del nivel de atención, la cotización y demás documentos necesarios y requeridos internamente se plasman en un documento denominado PASE, (...) que a su vez es remitido a la Oficina de Autorizaciones de la Subdirección General de Salud con sede en Bogotá, para que esta instancia administrativa al tener conocimiento de tal solicitud proceda dentro de su competencia, a realizar el análisis de rigor y en consecuencia expida la autorización a través de un documento (...) acompañado de la disponibilidad presupuestal para el pago del procedimiento y paralelamente expedir la orden de pago para cancelar a la IPS o al proveedor en su caso el procedimiento y/o medicamento, de I, II, III, IV nivel de atención en salud solicitado...".

En esos términos, indica que las accionantes deben dirigirse a la entidad accionada, con el objeto de que previo a la recepción de la orden médica para la realización del procedimiento, así como de las fórmulas médicas y otros documentos necesarios expedidos por el médico tratante, se envíe por parte de CAJANAL S.A. EPS -Seccional Barranquilla- la solicitud de PASE, a CAJANAL S.A. EPS -Subdirección Administrativa y Financiera-, con sede en Bogotá, con el fin de que dicha entidad expida el documento que contenga la autorización para suministrar el procedimiento médico requerido, así como la respectiva autorización presupuestal y además se informe desde el nivel central si efectivamente se consignó a la IPS encargada de prestar el servicio médico solicitado por el usuario.

Afirma que CAJANAL S.A. EPS -Seccional Barranquilla-, no es la entidad competente para expedir el acto administrativo que autoriza la disponibilidad o apropiación presupuestal de la respectiva solicitud de atención en salud que solicitan las accionantes, pues el aludido asunto le compete a CAJANAL S.A. EPS con sede en Bogotá.

Concluye que: "...La competencia a nivel regional consiste en solicitar la disponibilidad presupuestal ante el nivel central (por cuanto la entidad CAJANAL S.A. EPS, es una empresa centralizada en su domicilio principal, todas las solicitudes objeto de la prestación de

servicios en salud de los usuarios, la parte contractual, los pagos y todos los servicios conexos que ofrece se ejerce a través del Nivel Central, con domicilio en la ciudad de Bogotá)...”.

2.1.2. La Asesora Jurídica de CAJANAL S.A. EPS, actuando en esa calidad, una vez notificada de las demandas, contestó a las mismas, exponiendo las consideraciones que a continuación se resumen.

2.1.2.1. T-1.002.475 Vilma Maza Navarro

Afirma que la situación financiera, jurídica y técnica por la que atraviesa CAJANAL S.A. EPS, llevó a la Superintendencia Nacional de Salud a revocar la licencia de funcionamiento de dicha entidad, instando a los usuarios a hacer uso del derecho de libre escogencia previsto en la Ley 100 de 1993, con el fin de que se trasladen a otras EPS, garantizándoles que la EPS que elijan los atenderá, es por esa razón que CAJANAL S.A. EPS, en aras de garantizar el servicio hasta cuando se haga efectivo el traslado de sus afiliados, tiene establecido un procedimiento administrativo acorde con la normatividad, dado que para prestar el servicio médico es indispensable agotar unos procedimientos administrativos ineludibles.

En esos términos, señala que: “...se hace necesario que la accionante se acerque al punto de atención de CAJANAL S.A. EPS S.A. en esa ciudad, y allegue la siguiente documentación necesaria para realizar las actuaciones administrativas, tales como fotocopia de la cédula de ciudadanía, carnet, epicrisis de la historia clínica, fórmulas médicas, remisión a especialistas expedida por el médico tratante, requisitos éstos indispensables para iniciar el trámite que le corresponde a Cajanal, a efectos de generar la respectiva autorización de servicios y la correspondiente ubicación de recursos por parte de la Vicepresidencia Técnica (encargada de salud)...”.

2.1.2.2. T-1.002.477 Carmen María Santiago Sepúlveda

Señala que CAJANAL S.A. EPS tiene establecido un proceso acorde con la normatividad vigente, sobre procesos administrativos para la contratación, dentro del que los contratos y/o autorizaciones para la prestación de servicios de salud deben sujetarse a dicho procedimiento, que consiste en que a través del PASE documento expedido por el punto de atención en Barranquilla, se solicita la autorización del servicio a la Vicepresidencia Técnica

indicando la IPS que puede prestar el servicio, independientemente que tenga o no contrato vigente con CAJANAL.

Indica que una vez recibido el PASE en la Vicepresidencia Técnica en cumplimiento de las normas legales, se comprueba que el usuario tenga derecho a la prestación de los servicios de salud, y de ser así, se expide la autorización diseñada para el efecto, y en caso de que la IPS tenga contrato vigente con CAJANAL se remite la autorización a dicha entidad con cargo al contrato, así mismo, en el evento en que la IPS no tenga contrato vigente con CAJANAL, la autorización expedida incluirá el valor de la prestación del servicio que se fija de acuerdo con la cotización efectuada por la IPS y el manual de tarifas vigentes, y seguidamente la Vicepresidencia Técnica envía al grupo de presupuesto de la Vicepresidencia Administrativa y Financiera, el registro presupuestal correspondiente para garantizar el pago del servicio a la IPS autorizada y finalmente un fax, autorizando la prestación del servicio por una IPS determinada.

Aduce que CAJANAL S.A. EPS -Seccional Barranquilla- se comunicó con los funcionarios de Salud del Punto de Atención de Barranquilla, que informaron que la señora Carmen Santiago no había allegado documento alguno para la elaboración del PASE, ni se había acercado a solicitar información sobre el particular.

Finalmente, advierte que los servicios de salud de los afiliados a CAJANAL S.A. EPS se garantizarán únicamente hasta el 31 de julio de 2004, pues en virtud de la Resolución No. 758 de 2004, que confirmó la Resolución No. 281 de 2004, mediante la que se revocó el certificado de funcionamiento de CAJANAL S.A. EPS, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, hasta el día señalado quienes no hayan escogido EPS serán distribuidos por la Superintendencia referida entre las entidades promotoras de salud existentes en la respectiva región en donde se encuentren afiliados.

Para concluir, afirma que la accionante debe ejercer su derecho a la libre escogencia de EPS para efectos de su traslado.

2.2. SOLSALUD EPS

La Asesora Jurídica de SOLSALUD EPS, contestó a la demanda exponiendo las consideraciones que a continuación se resumen.

Recuerda que: "...El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) ha delegado en las EPS la administración de los recursos económicos para garantizar los servicios del POS, bajo los principios de 'universalidad, equidad, eficiencia' enunciados en la Ley 100 de 1993, lo que nos está imponiendo la obligación de ser cuidadosos en el uso de los recursos económicos escasos e insuficientes para atender el cúmulo de necesidades en salud de miles de afiliados que hoy tienen la oportunidad de acceder a la Seguridad Social...".

Advierte que de acuerdo con el concepto emitido por el Coordinador Médico de SOLSALUD EPS, dicha entidad no ha tenido restricción alguna para afiliar a las personas que sean pensionadas y en ese sentido se informó que en el caso concreto de la señora Vilma Maza, no ha hecho ninguna petición al centro de pensionados con el fin de solicitar su afiliación a esa entidad, y que al no encontrarse afiliada no tiene derecho a que se le preste el servicio de salud.

2.3. COOMEVA EPS

El apoderado judicial de COOMEVA EPS contestó a la demanda exponiendo las consideraciones que a continuación se resumen.

Advierte que de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, COOMEVA como entidad prestadora del servicio de salud, se encuentra obligada a prestar ese servicio solamente a aquellas personas que detenten la calidad de afiliados.

En esos términos, señala que la señora Vilma Maza no puede demandar de la entidad servicios que nunca solicitó, pues al no estar afiliada ni siquiera en calidad de beneficiaria, COOMEVA EPS no le puede prestar un servicio del que no es acreedora.

2.4. SALUD TOTAL EPS

El Gerente de SALUD TOTAL EPS -Sucursal Barranquilla- contestó a la demanda exponiendo las consideraciones que a continuación se resumen.

Señala que una vez revisado el sistema de información de Salud Total EPS, se pudo establecer que la señora Vilma Maza no se encuentra afiliada a esa entidad y que en la misma no reposa registro alguno en donde conste que ésta se haya acercado a tramitar una solicitud en tal sentido.

En ese entendido, considera que Salud Total EPS no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la accionante, dado que ésta no ostenta la calidad de afiliada a dicha entidad.

1. Decisiones judiciales objeto de revisión

1. T-1.002.475 Vilma Maza Navarro

3.1.1. Decisión de Primera Instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla, mediante fallo del veintinueve (29) de julio del año dos mil cuatro (2004), decidió denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Señala el a-quo que en el caso sub-exámine la actora se acercó en forma verbal a la entidad accionada, con el fin de solicitar la prestación de los servicios médicos que necesita, pero allí le informaron que debía buscar una EPS cualquiera por cuanto dicho ente estaba en liquidación, e igualmente le indicaron que debía allegar una serie de documentos tales como cédula de ciudadanía, carné de afiliación, fórmulas médicas, epicrisis de la historia clínica, entre otros, con el fin de remitir dichos documentos al Nivel Central.

En esos términos, afirma que no se encuentra probado en el expediente que la accionante haya efectuado ningún tipo de solicitud por escrito con el lleno de los requisitos que CAJANAL le indicó en su momento para lograr la autorización de los servicios médicos requeridos, y en ese entendido es claro que la entidad accionada no ha vulnerado derecho alguno a la tutelante, especialmente si se considera que ésta afirmó en el escrito de tutela que hace más de un año que no ha seguido con el tratamiento médico que le fue prescrito, lo que permite deducir que nunca se acercó a pedir una cita médica a CAJANAL con el fin de que allí se hiciera el estudio y valoración necesarios para determinar el procedimiento médico a seguir.

1. Impugnación

La tutelante, impugnó el fallo de primera instancia argumentando que desconocía que dentro del material probatorio debía allegar documentos tales como la historia clínica, fórmulas médicas y remisión al especialista, y que en consecuencia las aportaría en el transcurso de la segunda instancia.

3.1.3. Decisión de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla –Sala Penal-, mediante fallo del diez (10) de septiembre del año dos mil cuatro (2004), decidió confirmar la decisión de primera instancia exponiendo las consideraciones que enseguida se resumen.

En criterio del ad-quem, en la controversia sujeta a examen: “...no puede desconocerse la existencia de las limitaciones y exclusiones al Plan Obligatorio de Salud (P.O.S) reglamentadas en la Resolución 5261 de Agosto 5 de 1994 del Ministerio de Salud hoy Protección Social, el cual es compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, aún más, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitas...”.

En esos términos, considera el juez de instancia que no en todos los casos opera la excepción de inconstitucionalidad frente a las disposiciones legales o reglamentarias sobre el Sistema de Seguridad Social en Salud y específicamente al Plan Obligatorio de Salud, como ocurre en el caso sub-exámene, toda vez que la tutelante dejó de asistir voluntariamente donde su médico tratante durante un año como lo manifestó en su escrito de tutela.

Así mismo, indica que la tutelante solamente se acercó en forma verbal a CAJANAL S.A. EPS, con el fin de solicitar los servicios médicos que requiere, pero allí fue informada que debía allegar una documentación para efectos de autorizar dichos servicios, diligencia que nunca efectuó, y en consecuencia se puede deducir fácilmente que no existe vulneración alguna a sus derechos fundamentales, pues la entidad no se ha negado en ningún momento a prestar los procedimientos requeridos.

3.2. T-1.002.477 Carmen María Santiago Sepúlveda

3.2.1. Decisión de Primera Instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, mediante fallo del tres (3) de agosto del año dos mil cuatro (2004), decidió conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Para el juez de primera instancia, es claro que de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente, la tutelante padece de micro hemorragias en la retina, patología que demanda la práctica de una serie de procedimientos médicos para lograr el restablecimiento de la salud visual, tales como valoración por medicina interna, cardiología, hematología, vitrectomía con endogas, entre otros.

Señala que si bien en el expediente no se ha aportado elemento probatorio alguno que permita determinar que la actora solicitó por escrito ante la Dirección Regional de CAJANAL S.A. EPS, la atención en salud que requiere, y por tanto lo hizo en forma verbal, esa circunstancia por sí sola no hace improcedente el amparo solicitado, toda vez que la entidad accionada conoce con exactitud la urgente prestación de los servicios médicos que necesita la señora Carmen Santiago, y en consecuencia debe actuar con eficiencia y oportunidad con el fin de prestarle la asistencia médica solicitada.

En esos términos, concluye que: "...Sin desconocer la situación financiera, jurídica y técnica de CAJANAL S.A. EPS S.A., no se puede dejar desprotegida a la ciudadana accionante, a quien por su estado delicado de salud, el Estado Colombiano no puede ni debe abandonar a su suerte, por lo que CAJANAL por ser la EPS a la cual se encuentra afiliada la actora, debe asegurarle su distribución a una entidad promotora de salud que asuma sin retardo, ni dilación, la atención de su delicado estado de salud, brindándole el tratamiento adecuado y necesario...".

3.2.2. Impugnación

La Asesora Jurídica de CAJANAL S.A. EPS, actuando en esa calidad, impugnó el fallo de primera instancia, exponiendo las consideraciones que a continuación se resumen.

Advierte que: "...Mediante la Resolución No. 758 de 2004 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, se confirmó la Resolución No. 281 de 2004, mediante la cual se revocó el certificado de funcionamiento a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL S.A. EPS, como entidad promotora de salud, en consecuencia todos los afiliados a CAJANAL deberían haberse

trasladado de EPS haciendo uso de su derecho a la libre elección de EPS, hasta el día 31 de julio de 2004, fecha en la cual quienes no hayan escogido EPS, serán distribuidos por CAJANAL entre las entidades promotoras de salud existentes en la respectiva región donde se encuentren los afiliados, circunstancia que se dio a conocer públicamente a todos los usuarios y afiliados...”.

En ese sentido, indica que actualmente CAJANAL S.A. EPS se encuentra imposibilitada jurídica, técnica y financieramente para continuar prestando los servicios médicos que solicitan sus usuarios, circunstancia que no implica que no haya actuado de buena fe frente a los usuarios del servicio, pues ha actuado dentro del marco de sus competencias legales.

Considera entonces que al haber CAJANAL S.A. EPS avisado con tiempo suficiente a sus usuarios sobre la revocatoria del certificado de funcionamiento para operar como entidad promotora de salud, estos debieron hacer uso de su derecho a la libre escogencia de una nueva EPS, y es por ello que mediante tutela no se puede obligar a la entidad accionada a dar cumplimiento a un fallo que contraviene la decisión emitida por una autoridad administrativa competente, esto es la revocatoria del certificado de funcionamiento, documento sin el cual CAJANAL no puede desarrollar su objeto social.

Finalmente, afirma que: “... a la fecha y para facilitar el proceso de traslado de los usuarios a las diversas EPS, CAJANAL, está desarrollando un plan de contingencia a fin de expedir oportunamente la certificación de semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud y el paz y salvo con la EPS...”.

3.2.3. Decisión de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla –Sala Penal-, mediante fallo del trece (13) de septiembre del año dos mil cuatro (2004), decidió revocar la decisión de primera instancia exponiendo las consideraciones que enseguida se resumen.

El ad-quem considera que no puede desconocer la actual situación jurídica, técnica y financiera que atraviesa CAJANAL S.A. EPS, y que la imposibilita para continuar prestando los servicios de salud que requieren sus afiliados, de forma tal que mediante tutela no se puede obligar a las autoridades a lo imposible, como en el caso de prestación de servicios de salud a cargo de una EPS cuando ésta no cuenta con la correspondiente red de servicios.

Afirma que para la fecha en que el juzgado de primera instancia profirió el fallo era de público conocimiento la situación por la que atraviesa CAJANAL S.A. EPS, y en consecuencia no se podían impartir órdenes como la allí consignada.

4. Actividad Probatoria

4.1. Documentos aportados por la parte accionante:

4.1.1. T-1.002.475

- a. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la tutelante. (Folio 11 del Expediente).
- b. Fotocopia del carné de afiliación de la señora Vilma Maza Navarro a CAJANAL S.A. EPS con fecha 1º de marzo de 1995. (Folio 10 del Expediente).
- c. Copia de la Resolución No. 1346 de 1994, emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Barranquilla. (Folios 3 a 9 del Expediente).

4.1.2. T-1.002.477

- a. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la tutelante. (Folio 18 del Expediente).
- b. Copia de la Historia Clínica expedida por el Hospital Metropolitano de Barranquilla. (Folios 8 a 11 del Expediente).
- c. Fotocopia de la orden de remisión a retinólogo emitida por el Hospital Metropolitano de Barranquilla. (Folio 7 del Expediente).
- d. Fotocopia de las órdenes emitidas por el Retinólogo en las que recomienda la práctica de una cirugía y prescribe el tratamiento médico. (Folios 12 a 15 del Expediente).
- e. Fotocopia de la cotización del valor de la cirugía ordenada por el médico retinólogo particular. (Folio 19 del Expediente).
- f. Fotocopia de órdenes médicas emitidas por médicos del Hospital Metropolitano de Barranquilla en donde consta el tratamiento médico que debe seguir la tutelante. (Folios 12 a 17 del Expediente).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36), así como en el auto de fecha doce (12) de noviembre de 2004 proferido por la Sala de Selección Número Once de esta Corporación.

2. Materia sometida a revisión

La señoras Vilma Maza Navarro y Carmen María Santiago Sepúlveda, instauraron demanda de tutela, invocando el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad física y la seguridad social (arts. 11, 48 y 49), que consideran vulnerados por CAJANAL S.A. EPS -Seccional Barranquilla-, al negarse a autorizar la práctica de los procedimientos médicos que requieren con el argumento de que esa EPS se encuentra en estado de liquidación y en consecuencia no está facultada para prestar los servicios médicos que requieren sus afiliados.

Los jueces de instancia resolvieron de manera diversa la acción instaurada.

En el caso de la señora Maza Navarro, los jueces de instancia coincidieron en que era improcedente la acción, con el argumento que la tutelante no efectuó ninguna solicitud por escrito a CAJANAL como debía hacerlo para lograr la autorización de los servicios médicos requeridos, y además, hace más de un año que no ha seguido con el tratamiento médico que le fue prescrito.

En el caso de la señora Carmen María Santiago Sepúlveda, el a-quo concedió la tutela, pues aunque en el expediente no se aportó ningún elemento probatorio que permita determinar que la actora solicitó por escrito ante la Dirección Regional de CAJANAL S.A. EPS, la atención en salud que requiere, esa simple circunstancia no hace improcedente la tutela, puesto que la entidad accionada conoce con exactitud la urgente prestación de los servicios médicos que necesita la tutelante.

Por su parte, el ad-quem revocó dicha decisión por estimar que no se puede desconocer la actual situación jurídica, técnica y financiera que atraviesa CAJANAL S.A. EPS, y que la

imposibilita para continuar prestando los servicios de salud que requieren sus afiliados.

Corresponde a la Sala, entonces, analizar: i) si los derechos fundamentales invocados por las tutelantes resultan o no vulnerados por parte de CAJANAL S.A. EPS, al negarse a autorizar la práctica de los procedimientos médicos solicitados por éstas, a pesar de que se encuentran afiliadas a dicha entidad, y ii) si el estado de liquidación de una entidad promotora de salud es justificación suficiente para efectos de abstenerse de prestar los servicios médicos que requieren sus usuarios.

3. Consideraciones preliminares

Previamente al estudio del caso sub-exámine, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones en torno al i) carácter de derecho fundamental que adquiere el derecho a la salud por conexidad con el derecho a la vida, y ii) al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud como postulado constitucional.

3.1. El derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental por conexidad con el derecho a la vida y en consecuencia su protección procede por vía de tutela

El derecho a la salud, se encuentra previsto en la Carta Política en el Capítulo II del Título II, bajo la denominación de “derechos económicos, sociales y culturales”. Es así, como el artículo 49 dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y que se debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Así mismo, establece la norma referida que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control, y finalmente asigna a la ley la labor de señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que el derecho a la salud si bien en principio no es un derecho inalienable, ya que conceptualmente tiene un carácter prestacional o asistencial, adquiere tal connotación, en aquellos eventos en

que está en conexidad con otros derechos de rango fundamental, o de manera autónoma, cuando ha sido normativamente regulado.¹

En esos términos, ha señalado que si bien el Estado Social de Derecho previsto en la Constitución de 1991 no le reconoce expresamente a la salud el carácter de derecho fundamental, no descarta de plano que tal carácter pueda llegar a adquirirse, en razón de su conexidad con derechos que posean tal naturaleza, como es el caso del derecho a la vida en condiciones dignas, y en ese entendido es claro que el derecho a la salud no sólo es fundamental cuando la vida humana está en peligro de extinguirse.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha precisado que en aquellos eventos en que la salud no esté en conexidad con otros derechos de rango constitucional, conserva su carácter prestacional y por consiguiente puede hacerse exigible a través de otros medios de defensa judicial diferentes al amparo constitucional de tutela.²

Así las cosas, el derecho a la salud es fundamental cuando entra en conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana en los términos del artículo 11 superior,³ de modo que no puede ser quebrantado, especialmente si se considera que es obligación del Estado proporcionar y garantizar la prestación de los servicios de salud que demanden los ciudadanos, y aún más, en muchas ocasiones del restablecimiento del derecho a la salud depende que una persona pueda llevar una vida en condiciones dignas.

3.2. El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud como postulado constitucional

De conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, que establece los fundamentos para la prestación del servicio público de salud, con el propósito de garantizar una buena calidad del servicio, es indispensable que exista una continua prestación del mismo a los usuarios que lo requieran.

Es así, como la citada norma sobre el particular señala:

“ARTICULO 153. Fundamentos del Servicio Público.

9. Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y

de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.” (negrilla y subraya fuera de texto).

Por su parte, esta Corporación en reiterada jurisprudencia,⁴ se ha pronunciado respecto de la obligación que tienen las empresas promotoras de salud -EPS-, de culminar los tratamientos iniciados bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, independientemente de cuál sea la causa que motiva la terminación de dicha relación. Así, con base en el principio de continuidad de los servicios públicos y en el carácter irrenunciable de la seguridad social, se ha indicado que las E.P.S. deben continuar prestando el servicio a sus afiliados y beneficiarios y que esas entidades deben ejercer los mecanismos que el ordenamiento jurídico les suministra para efectos del cobro de los aportes impagados.

En efecto, para la Corte Constitucional, es claro que sin importar la razón por la que se extingue la vinculación con una E.P.S., ésta se encuentra obligada a continuar con los tratamientos y procedimientos médicos que ha iniciado hasta su culminación cuando esto sea posible, o hasta cuando la persona adquiera cierta estabilidad en su salud que permita descartar la existencia de algún peligro de muerte. En ese entendido, no se puede presentar una suspensión abrupta de los servicios frente a un tratamiento iniciado, siempre que con ello se amenacen o vulneren derechos de rango constitucional, o incluso alguno que no goce de tal carácter, pero que se encuentre inescindiblemente vinculado a otro que sí lo tenga.

En ese orden de ideas, ha dicho la Corte que los beneficiarios del sistema de salud, no deben padecer los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesan las entidades encargadas de prestar tal servicio, toda vez que los pacientes no pueden ver obstaculizado o impedido su tratamiento médico, por razón de los trámites internos que a nivel administrativo se adelantan por las entidades de salud, dado que dichos procedimientos burocráticos son ajenos a la prestación misma del servicio y, por tanto, no deben afectar la protección ofrecida por el Estado en esta materia.⁵

Así mismo, ha establecido la jurisprudencia que la EPS que presta un servicio de salud, no puede comprometer la continuidad del mismo, pues es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad sin interrupciones ni dilaciones injustificadas.⁶

Con fundamento en esos breves antecedentes jurisprudenciales, no cabe duda entonces que cuando una EPS entra en liquidación debe asegurar la continuidad en la prestación de los servicios médicos de sus afiliados, hasta que su traslado a otra EPS se haya hecho efectivo y opere en términos reales,⁷ con el fin de respetar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen para la prestación del servicio público de salud.

En ese entendido, corresponde a la EPS a la que está afiliada la persona que requiere el servicio, proporcionarle la atención médica hasta el mismo momento en que empiece a operar la nueva relación contractual, y con mayor razón en aquellos eventos en que el retiro del trabajador obedece a la liquidación de la EPS original, pues las consecuencias de ese trámite no tienen porque afectar a sus afiliados bien sean trabajadores o pensionados, en especial a quienes están siendo atendidos porque los aquejan graves dolencias que comprometen entre otros, sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y justas y a la salud.

4. Derecho del usuario del servicio de salud a escoger libremente la entidad que lo suministrará

De conformidad, con lo previsto en el Régimen de Seguridad Social en Salud (Ley 100 de 1993), el Estado tiene el deber de asegurar a los usuarios del servicio público de salud, el derecho a la libertad para escoger entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud -EPS-, y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS-, según las condiciones de oferta de servicios disponible, la que voluntariamente aspiran a que les preste dichos servicios.

Es así como, el Libro II, Título I, Capítulo I, que establece el objeto, fundamentos y características del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dispone en el artículo 153, numeral 4º lo siguiente:

“Artículo 153. Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

(...)

4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la

participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.”

Así mismo, cabe destacar que el derecho a la libre escogencia, constituye una característica básica del Régimen General de Seguridad Social en Salud, y así lo dispone el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, que al hacer referencia a las características que informan el servicio de salud, establece en el 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.”. Por su parte, los artículos 157 y 158 de la citada Ley, garantizan a los afiliados al régimen de seguridad social en salud, las libertades para escoger la Empresa Promotora de Salud -EPS- que quieran que les suministre dicho servicio, así como para decidir el cambio de la misma, de acuerdo con la reglamentación legal al respecto.

En igual sentido, el artículo 45 del Decreto 806 de 1998 señala que: “la afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud, EPS, en los regímenes contributivo y subsidiado, es libre y voluntaria por parte del afiliado”, de forma tal que el cambio de EPS no sólo se autoriza sino que se garantiza legalmente.

Finalmente, el artículo 159 de la Ley 100 de 1993 se refiere a las garantías con que cuentan los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, para la adecuada prestación de dicho servicio público, en los siguientes términos:

“Artículo 159. Garantías de los afiliados. Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

(...)

3. La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de

afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley.

4. La escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.”

Ahora bien, en cumplimiento del mandato previsto en el artículo 49 superior, el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, garantiza los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante las contingencias que la afecten, y a su vez el artículo 152 señaló concretamente que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, tiene por objeto regular el servicio público esencial de salud y crear las condiciones de acceso a toda la población para el servicio en todos los niveles de atención.

En esos términos, la Ley 100 de 1993 introduce la libre escogencia de las entidades encargadas de suministrar el servicio de salud, de forma tal que además de garantizar la libre determinación de los usuarios del sistema, crea un sistema de salud eficiente y de calidad, y en consecuencia asegura que los dineros y demás recursos con que éste cuenta, se destinen a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de salud, en el contexto de un sistema basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen sus servicios.⁹

Sobre éste particular, la Corte en sentencia T-010 de 2004,¹⁰ señaló lo siguiente:

“ (...) 2.2. Así pues, el constituyente previó la creación de un sistema de salud a cargo del Estado, en el cual concurrieran para su prestación tanto entidades de orden privado como público, asegurando siempre la participación de la comunidad en la prestación del servicio. En un estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana, en ejercicio de la libertad y la autonomía, toda persona tiene el derecho a tomar aquellas decisiones determinantes para su vida.¹¹ 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.

(...)

2.6. Ahora bien, como cualquier otro derecho que se garantice en un estado social y democrático de derecho, no se trata de una garantía absoluta. La propia legislación establece que toda persona tiene la libertad de escogencia en el Sistema de Salud, siempre y cuando ello “sea posible según las condiciones de oferta de servicios”. Estas condiciones de oferta del servicio se encuentran limitadas en dos sentidos, en términos normativos por la regulación aplicable y en términos prácticos por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes. (...)”.

Así las cosas, de acuerdo con los lineamientos constitucionales y legales, el ejercicio del derecho a la libre escogencia, comporta una garantía básica para asegurar el derecho fundamental de acceso a la Seguridad Social en materia de salud, y por consiguiente permite que éste último se materialice en una prestación regular, continua, oportuna y eficiente en relación con los servicios médicos que requieran los afiliados y que se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

5. Deber de orientar y acompañar a cargo de la entidad promotora de salud en relación con las diligencias de traslado y consecuente afiliación de sus usuarios a una nueva EPS para asegurar la continuidad en la prestación del servicio público de salud

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha fijado un amplio alcance al principio de continuidad del servicio público de salud,¹² garantizando así que las personas continúen recibiendo los tratamientos o medicamentos que sean necesarios para proteger principalmente sus derechos a la vida, la salud y la integridad física, y en ese entendido la protección efectiva de tales derechos significa que el juez de tutela debe impedir que por controversias de índole contractual, económico o administrativo, se permita a una entidad encargada de prestar los servicios de salud que incumpla con la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.

En ese sentido, esta Corporación en la sentencia T- 170 de 2002 señaló los criterios para determinar si son constitucionales los motivos en los que la EPS funda su decisión de interrumpir el servicio de salud, y en esos términos, precisó que una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida, la salud y la integridad física de un paciente con base, entre otras, en las siguientes razones: i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos, ii) porque el paciente ya no esté

inscrito en la EPS que venía adelantando el tratamiento, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo, iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario, iv) porque la EPS considere que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado, v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad, o vi) porque se trate de un medicamento que no se había suministrado antes, pero que hace parte de un tratamiento que se está adelantando.

Se puede concluir entonces que, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que solo razones de orden estrictamente médico justifican que se retrase la prestación del servicio de salud, quedando por tanto, sin sustento las excusas relativas a la falta de presupuesto, trámites burocráticos entre las EPS o de infraestructura insuficiente para llevar a cabo procedimientos que los usuarios demandan con urgencia, pues es claro que están de por medio los derechos fundamentales del afiliado.¹³

De otra parte es importante advertir que esta Corte, ha establecido el deber de orientación e información en el acceso al servicio del régimen general de seguridad social en salud que tienen las entidades prestadoras del servicio de salud, bien sea que se trate de Entidades Promotoras de Salud -EPS- o Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS-, frente al usuario del servicio.¹⁴

Es así como, con fundamento en los principios que rigen el sistema de seguridad social en salud, la Corte ha establecido una serie de obligaciones de información y coordinación a cargo de las EPS para que los derechos fundamentales de las personas que deben acudir a dichas instituciones se hagan efectivos, y en ese entendido la jurisprudencia ha sido clara y reiterativa en el sentido que las EPS no pueden limitarse a rechazar lo pedido por el afiliado cuando se trate de un tratamiento o medicamento excluido del POS, pues con ello quebrantaría los principios elementales de igualdad sustancial y de tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta¹⁵ previstos en el artículo 13 superior.¹⁶

En esos términos, es claro para la Corte, que la entidad prestadora del servicio salud tiene la obligación de informarle de manera precisa y anticipada a los afiliados que va a entrar en estado de liquidación o que se encuentra en él, con el fin de que los usuarios al conocer dicha situación puedan ejercer con tiempo suficiente y dentro del término que establece la

Ley,¹⁷ su derecho a la libre escogencia, y por consiguiente seleccionen una nueva EPS que se haga cargo del suministro de los servicios de salud que requieren, y no solo eso, en tanto su nueva afiliación comienza a operar debe garantizárseles sin solución de continuidad la prestación del servicio de salud, pues los usuarios no pueden ver afectados sus derechos fundamentales por la negligencia y falta de previsión de la EPS.¹⁸

Cabe reiterar entonces, que el desorden administrativo en una entidad que presta servicios de salud, no puede afectar a los beneficiarios del sistema pues estos no deben asumir la imprevisión administrativa y menos si repercute directamente en sus derechos fundamentales,¹⁹ de forma tal que no se puede someter a los usuarios al agotamiento de una serie de trámites administrativos para la autorización y posterior realización de tratamientos médicos que requieren con urgencia o con ocasión de una enfermedad ruinosa o catastrófica, especialmente en aquellos casos en que la dilación injustificada en la prestación del servicio de salud obedece al estado de liquidación de la entidad, dando lugar a que se hagan más gravosos los padecimientos, pues es apenas lógico que los tratamientos que se ordenan por los médicos tratantes tienen por objeto recuperar la salud del paciente y por ende prolongar su vida,²⁰ pero precisamente para dar cumplimiento a dicho propósito deben ser practicados a tiempo.

Así las cosas, es claro entonces que una EPS no puede justificarse en su estado de liquidación, para negarse a suministrar los servicios que requieren sus afiliados, ni escudarse en trámites burocráticos, pues tal razón carece de sustento constitucional, ya que la obligación de la EPS es garantizar a sus afiliados la atención que ellos requieren en las condiciones previstas por las normas correspondientes, especialmente si está de por medio la vida y salud de las personas, y éstas además, han venido siendo atendidas de forma regular en sus padecimientos. En consecuencia, la mera realización de trámites y diligencias, a cargo de los usuarios del servicio de salud cuando no se presta la atención solicitada, es por completo ineficaz para garantizar el goce de sus derechos amenazados o vulnerados.

Finalmente, cabe destacar que la Corte ha dicho que las controversias entre las entidades encargadas de cumplir con las responsabilidades necesarias para garantizar el acceso al servicio de salud, no pueden tener como efecto colocar sobre los afiliados la carga de no recibir la atención requerida,²¹ pues dichos inconvenientes bien sean de índole presupuestal

o administrativo, deben resolverse directamente entre dichos entes haciendo uso de los mecanismos legales que la legislación vigente ha previsto para esos eventos.

6. El deber de prestar la atención en salud solamente emerge para la EPS en el momento en que la persona adquiere la calidad de afiliado-cotizante o beneficiario

De conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral, debe garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de obtener una calidad de vida acorde con su dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

En ese entendido, el sistema de seguridad social en salud está diseñado de forma tal que por regla general a él puede acceder toda la población civil, a través de dos regímenes el subsidiado y el contributivo,²² garantizando así el derecho a la seguridad social como servicio público esencial en todos los niveles de atención. Empero, para pertenecer al citado sistema es menester que el usuario reúna unos mínimos requisitos previstos en la normatividad vigente,²³ cuyo cumplimiento le otorgará la calidad de afiliado o beneficiario,²⁴ y en consecuencia le conferirá el legítimo derecho para solicitar y recibir la atención en salud que requiera.

Ahora bien, el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, prevé una serie de garantías aplicables solo para los afiliados al sistema de salud, entre otras, i) la atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud -POS-, por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas en los términos del artículo 162 ibídem, y ii) la atención de urgencias en todo el territorio nacional.²⁵

En esos términos, es claro entonces que mientras el usuario del servicio público de salud no ostente la calidad de afiliado al sistema, bien sea como cotizante directo o mediante la figura del beneficiario, no tiene un derecho formal al acceso en la prestación del servicio, y como consecuencia lógica al no hacer parte del sistema de seguridad social en salud, no surge para ninguna entidad promotora de salud -EPS- la obligación legal de atenderlo en las contingencias de salud que padezca.

No obstante, las consideraciones anteriores, se debe precisar que la no atención de los padecimientos de salud que soporte una persona, tiene una excepción que encuentra su

fundamento en la protección constitucional de los derechos fundamentales a la vida y la salud, en aras de preservar el primero, y se refiere a la atención inicial de urgencias, en cuyo caso la EPS no podrá exigir contrato u orden previa para prestar el servicio de salud requerido, y en consecuencia deberá atender a la persona sin dilación alguna, aún cuando ésta no se encuentre afiliada formalmente al sistema de seguridad social en salud.

Así pues, en ese evento en concreto y de conformidad con la normatividad vigente sobre la materia,²⁶ la EPS no podrá eximirse de prestar la atención en salud solicitada, toda vez que están de por medio los derechos fundamentales del usuario del servicio, cuya protección debe garantizar el Estado en cumplimiento de sus fines esenciales.

7. Fundamentos jurídicos aplicables en el caso sub-exámene, que sustentan la obligación de CAJANAL S.A. EPS de atender a las tutelantes-afiliadas hasta cuando se haga efectivo su traslado a una nueva EPS con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud

El Gobierno Nacional mediante el Decreto 1777 del 26 de junio de 2003, determinó la escisión de CAJANAL E.I.C.E., de la actual Subdirección General Administrativa y Financiera, de las Direcciones Seccionales y las demás dependencias de cualquier nivel vinculadas a la prestación del servicio de salud, motivo por el cual mediante Escritura Pública No. 5003 del 7 de octubre de 2003, se constituyó la nueva Sociedad CAJANAL S.A. EPS con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., y con la facultad de establecer regionales en el territorio nacional.

A consecuencia, de la escisión de la entidad de salud que comportó la supresión de las Direcciones Seccionales, la representación legal de la Sociedad quedó en cabeza del Presidente de CAJANAL S.A. EPS²⁷ siendo el único funcionario competente para notificarse de cualquier actuación judicial en la que se hiciera parte la entidad prestadora de salud, pues además la Superintendencia Nacional de Salud revocó la licencia de funcionamiento de dicha EPS.

En esos términos, la Presidencia de CAJANAL S.A. EPS con fundamento en el Decreto 1777 de 2003,²⁸ y en aras de garantizar la prestación del servicio público de salud mientras que se hacía efectivo el traslado de los afiliados de CAJANAL S.A. EPS a una nueva entidad prestadora de salud, decidió expedir una serie de instructivos internos de aplicación nacional

en los cuales se establecieron los procedimientos y trámites administrativos que deben efectuar los usuarios ante la EPS con el fin de que les fuera prestada la atención en salud que requieran.

El trámite interno previsto era el siguiente: i) se cotiza ante una IPS el valor del procedimiento médico o del medicamento que requiera el paciente dependiendo del nivel de atención en salud, ii) la cotización y demás documentos médicos que se requieran por CAJANAL S.A. EPS (órdenes médicas, prescripción de exámenes, fórmulas de medicamentos, remisión a especialista expedida por el médico tratante, cédula de ciudadanía, carné de afiliación, entre otras) se materializan en un documento denominado PASE, iii) la solicitud de PASE que hace el Gerente Regional de la EPS con el previo visto bueno del Jefe de la División de Salud de la Regional, es enviada al nivel central, es decir, ante CAJANAL S.A. EPS con sede en Bogotá, más exactamente a la oficina de autorizaciones de la Subdirección General de Salud y la Subdirección Administrativa y Financiera, con el fin de que dicha instancia administrativa al tener conocimiento de tal solicitud proceda dentro de su competencia a realizar un análisis de los citados documentos, iv) la oficina de autorizaciones del nivel central posteriormente expide una autorización a través de un documento interno denominado A3N si la atención es del Nivel III, o en su defecto A4N si la atención es del Nivel IV, y así sucesivamente, ese documento debe ir acompañado de otro mediante el cual se autoriza la disponibilidad presupuestal para el pago del procedimiento requerido por el paciente, y v) simultáneamente la oficina de autorizaciones del nivel central expide una orden de pago para cancelar a la correspondiente IPS el procedimiento o medicamento requerido por el usuario del servicio, dependiendo también del nivel de atención en salud de que se trate.

En ese orden de ideas, la competencia de la EPS en el nivel regional quedó circunscrita a la solicitud de la disponibilidad presupuestal ante la oficina de autorizaciones de la Subdirección General de Salud y la Subdirección Administrativa y Financiera, a través de un documento denominado -PASE-. Acto seguido se expedía el correspondiente acto administrativo que autorizara la disponibilidad presupuestal y asignara una IPS para la prestación del servicio de acuerdo con el nivel de atención requerido por el paciente.

Ahora bien, a pesar de la medida de escisión adoptada por el Gobierno Nacional, la situación financiera y administrativa de CAJANAL S.A. EPS no mejoró, y en consecuencia el Gobierno

Nacional mediante el Decreto No. 4409 del 30 de diciembre de 2004, ordenó la disolución y liquidación de la Sociedad Cajanal S.A. EPS sociedad por acciones del orden nacional, vinculada al Ministerio de la Protección Social y sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

El artículo 3º del Decreto de liquidación establece lo siguiente:

“Artículo 3º. Prohibición para iniciar nuevas actividades. Como efecto de la liquidación aquí ordenada, Cajanal S.A., EPS en Liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, por lo tanto, conservará su capacidad jurídica únicamente para realizar los actos, operaciones y contratos necesarios en orden a efectuar su pronta liquidación.”

Así las cosas, es claro que CAJANAL S.A. EPS entidad en estado de liquidación, no tendría, en principio, la obligación de responder por la continuidad en la prestación del servicio público de salud de las personas afiliadas a la misma, pues de conformidad con la norma antes transcrita solo conserva su capacidad jurídica para efectuar los actos, operaciones y contratos necesarios para su liquidación, y como consecuencia lógica se le prohíbe iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social.

Ahora bien, es importante aclarar que el artículo 17 del Decreto 4409 de 2004, a su vez previó lo relativo a los bienes y recursos excluidos de la masa de liquidación, en cuyo numeral 1 menciona expresamente lo siguiente:

“Artículo 17. Bienes y recursos excluidos de la masa liquidatoria. Con el objeto de preservar la destinación de los recursos de la seguridad social en salud, Cajanal S.A., EPS en Liquidación, deberá excluir de la masa de liquidación los recursos correspondientes a:

1. Las cotizaciones obligatorias de los afiliados que a la vigencia del presente Decreto no han sido objeto de compensación, hasta tanto se surta dicho proceso. Estos recursos deberán ser objeto de las acciones de cobro correspondientes y del proceso de declaración de giro y compensación ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, así como del giro de los demás recursos recaudados sin compensar, tales como, saldos no conciliados, afiliados fallecidos o multiafiados, para obtener el paz y salvo respectivo del FOSYGA.

(...)

El Liquidador deberá manejar los recursos relacionados en los numerales 1 y 2 anteriores en cuentas separadas y destinarlos a atender el siguiente orden de prioridades:

1. Garantizar el pago de los tratamientos en curso o aquellas prestaciones por incapacidades o licencias de maternidad y paternidad que se hagan exigibles durante el proceso de liquidación.” (negrilla y subraya fuera de texto)

En esos términos, es claro entonces que las cotizaciones obligatorias de los afiliados que a la vigencia del Decreto de liquidación no hayan sido objeto de compensación, mientras se surta dicho proceso se encuentran excluidas de la masa de liquidación, y en consecuencia el liquidador tiene la obligación de manejar tales recursos en una cuenta separada con el fin de “garantizar el pago de los tratamientos en curso” que requieran las personas que se encuentren afiliadas a CAJANAL S.A. EPS, permitiendo de esa manera que los procedimientos médicos requeridos por los afiliados se hagan efectivos, hasta el momento en que se afilien a la nueva EPS y se realice el respectivo traslado de los aportes en salud.

Se debe señalar, además que el Decreto 4409 de 2004, previó en el artículo 22 lo siguiente:

De conformidad con lo previsto en la citada norma CAJANAL S.A. EPS, sin perjuicio de su estado de liquidación, se encuentra no solo facultada sino obligada a continuar ejecutando las apropiaciones de la vigencia fiscal correspondientes al año 2004 que estaban comprometidas antes de la expedición del Decreto que ordenó la liquidación, de forma tal que al contar con los recursos que asignó el Gobierno Nacional para el cumplimiento del objeto social previsto antes de ordenar la liquidación, es claro que tiene a su cargo la obligación de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y preservar la destinación específica de los recursos de la seguridad social por dicho concepto.

En ese entendido, se puede afirmar entonces que CAJANAL S.A. EPS a la fecha cuenta con el presupuesto necesario para autorizar y garantizar el pago de los procedimientos médicos que requieren sus afiliados y que estén en curso, como quedó establecido anteriormente, dado que los dineros por concepto de cotizaciones obligatorias permanecen intactos al no hacer parte de la masa de liquidación, y adicionalmente cuenta con la partida presupuestal correspondiente al año 2004, que por orden del Gobierno Nacional continuará ejecutándose a cargo de dicha entidad.

Así las cosas, es claro que CAJANAL S.A. EPS en el caso sub-examine a pesar de encontrarse en estado de liquidación debe hacerse cargo de la autorización, práctica y asunción del costo de los tratamientos médicos que requieren las accionantes, en aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud como lo establece el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cuenta con el presupuesto para esos efectos, y además, simultáneamente a la autorización y práctica de los procedimientos médicos, deberá hacer efectiva la obligación de orientación y acompañamiento a éstas mientras que se asegura su traslado y consecuente afiliación a una nueva EPS que en adelante se haga cargo de la prestación del servicio de salud.

Finalmente, se debe aclarar que si bien CAJANAL S.A. EPS debe asumir el costo de los procedimientos médicos requeridos por las tutelantes, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Decreto 4409 de 2004, cuenta con la correspondiente acción de cobro para el reembolso de dichos recursos, ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, a través de un proceso de declaración de giro y compensación.

8. Caso Concreto

En los casos objeto de revisión, las señoras Vilma Maza Navarro y Carmen María Santiago Sepúlveda, reclaman el derecho a la atención en salud que les ha sido negado, por CAJANAL S.A. EPS, con el argumento que dicha entidad actualmente se encuentra en estado de liquidación y que las accionantes no han realizado los trámites respectivos para obtener su afiliación en una nueva EPS.

Es pertinente puntualizar, que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se encuentra probado que la señora Vilma Maza Navarro padece una patología calificada desde el punto de vista médico como elefantiasis en sus dos piernas, que le dificulta moverse adecuadamente,²⁹ y que la señora Carmen María Santiago Sepúlveda padece de una patología que afecta su vista a consecuencia de unas micro hemorragias y cataratas, que le ocasionan cansancio excesivo en los ojos y de no ser operadas pueden conllevar la pérdida definitiva de la visión.³⁰

Así mismo, la señora Santiago Sepúlveda, debe practicarse una operación urgente que de acuerdo con la prescripción médica tiene un valor aproximado de seis millones de pesos, costo que no puede asumir, toda vez que el monto de su mesada pensional asciende

solamente a algo más de un salario mínimo legal vigente, y en cuanto a la señora Maza Navarro no ha sido atendida en el último año, es precisamente porque CAJANAL S.A. EPS se ha negado a hacerlo, y es por esa razón que no se puede presumir como equivocadamente lo hizo el juez de primera instancia que ésta haya desertado hace más de un año, de continuar con el tratamiento médico que solicita.

Ahora bien, encuentra la Sala, que el argumento expuesto por la entidad accionada, en el sentido de que la salud de los afiliados a CAJANAL S.A. EPS se garantizará únicamente hasta el 31 de julio de 2004, fecha en la cual quienes no hayan escogido EPS serán distribuidos por la Superintendencia Nacional de Salud entre las entidades promotoras de salud existentes en la respectiva región en donde se encuentren afiliados no tiene asidero legal frente a los mandatos constitucionales, pues como quedó expuesto en los apartes precedentes de esta providencia, CAJANAL S.A. EPS tiene el deber legal de orientar y acompañar a sus afiliados en las diligencias de traslado y afiliación a una nueva EPS con el fin de dar cumplimiento al principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud.

El cumplimiento de la obligación referida, tiene un sentido importante, particularmente si se tiene en cuenta que los usuarios necesitan ser informados con tiempo suficiente sobre los trámites que deben efectuar por mandato legal, para efectos de optar por una afiliación en una nueva entidad promotora de salud -EPS-, pues generalmente éstos no conocen a fondo cuál es el procedimiento legal que deben agotar o ante qué autoridad deben acudir.

Sobre el particular esta Corporación en reciente jurisprudencia T-048 de 200531 resolvió una tutela contra CAJANAL S.A. EPS en Liquidación, en la que si bien se presentó carencia actual de objeto, toda vez que el tutelante después de que se enteró del estado de liquidación de la entidad se afilió a una nueva EPS y tal entidad lo viene atendido regularmente, la Corte de todas formas consideró que CAJANAL EPS vulneró los derechos del actor, pues en su momento no se apersonó de la obligación que tenía de acompañar al afiliado en los trámites para afiliarse a la nueva EPS y en esa medida no garantizó la continuidad en la prestación del servicio de salud.

En efecto, dijo la Corte:

“ (...) Quien presta un servicio de salud no debe efectuar actos que puedan comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. No es normal que se

retrase la autorización de exámenes, procedimientos quirúrgicos o tratamientos que los médicos recomiendan, pues ello amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados, no solamente cuando se demuestra que sin ellos el paciente puede morir, sino cuando se puede ver afectado el estado de salud del usuario.

El traslado de una E.P.S a otra no puede suponer la suspensión o interrupción en la prestación de los servicios médicos pues la atención en salud es un servicio público que se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; al darse el traslado de una EPS a otra corresponde a la Empresa Promotora de Salud de la cual se retira el usuario garantizar que los tratamientos por ella autorizados se sigan prestando hasta que entre a cubrirlos la nueva E.P.S, escogida por el usuario, en virtud del derecho que tiene a la continuidad en la prestación de los servicios de salud.

En el asunto sometido a revisión, como CAJANAL no podía cumplir la orden impartida por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá debido a su estado de liquidación, por lo menos debió averiguar si el actor había hecho uso de su derecho de traslado de E.P.S “hasta el 31 de julio de 2004” o por el contrario era ella la que debía escoger la E.P.S. Lo anterior para velar que la cirugía a ella ordenada le fuera practicada al actor de manera oportuna en otra E.P.S en desarrollo del principio de continuidad del servicio de salud.

La Corte no entiende cómo a pesar de que CAJANAL no podía cumplir con la orden impartida por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá, no se preocupó por la suerte de su afiliado, es decir no indagó si el accionante había o no escogido E.P.S ni ejecutó las diligencias necesarias para garantizar que el actor se le practicara la operación que requería con otra Empresa Promotora de Salud. A CAJANAL le correspondía velar porque el actor tuviera una atención integral y así garantizar la continuidad del servicio, sin limitarse a decir que por motivo de la revocatoria del certificado de funcionamiento no podía autorizar y practicar la operación objeto de esta tutela, ya que con dicha actitud se le violó al actor el derecho fundamental a la salud ya que la intervención ordenada está dentro del POS y además porque el actor es una persona de la tercera edad.

Los derechos fundamentales prevalecen sobre obstáculos económicos o legales y por lo tanto la práctica de una cirugía de la cual depende la vida del actor no se puede dilatar con argumentos de tipo administrativo o económicos, pues los problemas que afrontan las E.P.S

no son cargas que están obligados a soportar sus afiliados. (...)”.

En el caso sub-exámene, las accionantes fueron abocadas a buscar una nueva EPS ad portas de su necesidad de servicio, de frente al cual fueron informadas que no serían atendidas, pues la entidad accionada solamente se limitó a advertirles que se encontraba en estado de liquidación, pero no se preocupó por orientarlas y acompañarlas en el procedimiento que por ley, debían agotar con el fin de ejercer su derecho de libre escogencia, seleccionando una nueva EPS a la cual afiliarse, al punto que la señora Maza Navarro debió acudir a tres EPS diferentes con el fin de que le fuera suministrado el tratamiento médico que necesita, recibiendo una negativa por parte de dichas entidades, pues como quedó establecido en los apartes precedentes de esta providencia, el derecho a la atención en salud emerge para la persona en la medida en que ostenta la calidad de afiliada o beneficiaria del sistema de salud.

Situación similar, se presentó con la señora Santiago Sepúlveda, quien debió acudir ante una entidad de salud particular, con el fin de que le fueran practicados los exámenes médicos que le habían sido prescritos y que eran necesarios para determinar el procedimiento médico a seguir en el tratamiento de su patología visual, debiendo incluso cancelarlos de su propio peculio.

Ahora bien, en relación con el procedimiento administrativo interno que CAJANAL S.A. EPS aduce que deben cumplir las accionantes y que se debe tramitar por escrito, dirigiéndose a dicha entidad con el objeto de que previo a la recepción de la orden médica para la realización del procedimiento, y otros documentos necesarios, se remita y envíe desde allí la solicitud de PASE, a CAJANAL S.A. EPS –Subdirección Administrativa y Financiera-, con sede en Bogotá, a efectos de que dicha entidad expida el acto administrativo que autoriza la disponibilidad o apropiación presupuestal de la respectiva solicitud de atención en salud que solicitan las tutelantes, esta Sala debe hacer algunas precisiones.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte a la que se hizo alusión en los apartes precedentes de esta providencia, en el caso sub-exámene la no práctica de los procedimientos médicos que requieren las tutelantes, por el simple hecho de dar prevalencia al cumplimiento de unos procedimientos internos que se encuentran establecidos, por CAJANAL S.A. EPS atenta directamente contra sus derechos fundamentales a la vida en

condiciones dignas, la salud y la dignidad humana que debe garantizar el Estado, en cumplimiento de sus fines esenciales, especialmente si se considera que CAJANAL S.A. EPS tiene pleno conocimiento de su delicado estado de salud, en razón a las patologías que padecen puesto que han venido siendo tratadas por médicos adscritos a dicha entidad, de forma tal que su deber legal es prestar de forma eficiente y oportuna la atención que éstas necesitan, sin dilaciones injustificadas.

Ahora bien, es pertinente aclarar que si bien a la fecha en que las señoras Vilma Maza y Carmen Santiago interpusieron la acción de tutela, la norma a la que dio aplicación CAJANAL S.A. EPS para efectos de negar la prestación en salud requerida por las afiliadas fue el Decreto 1777 de 2003 por medio del cual se determinó la escisión de CAJANAL E.I.C.E., de la actual Subdirección General Administrativa y Financiera, de las Direcciones Seccionales y las demás dependencias de cualquier nivel vinculadas a la prestación del servicio de salud, no obstante como quedó establecido en los apartes de esta providencia el Gobierno Nacional posteriormente mediante Decreto 4409 del 30 de diciembre de 2004 dispuso la disolución y liquidación de CAJANAL S.A. EPS, razón por la cual el juez constitucional al momento de fallar no puede pasar inadvertida tal situación particular.

En esos términos, debe la Corte advertir que no se trata de desconocer el estado de disolución y liquidación por el que atraviesa CAJANAL S.A. EPS, y que dificulta la prestación del servicio de salud, lo que ocurre es que los afiliados son ajenos a dicho asunto, y si bien les corresponde colaborar escogiendo otra EPS que continúe suministrando el servicio requerido, no se les puede exigir tal colaboración ad portas de la necesidad de tratamientos urgentes, por situaciones que les impiden inclusive su propio desplazamiento, entre otras situaciones particulares, por el mero cumplimiento de unos trámites administrativos a nivel interno, y que en el caso bajo estudio llevaron hasta la suspensión en la atención del servicio público de salud.

En efecto, compete a CAJANAL S.A. EPS orientar, informar y acompañar a las señoras Maza Navarro y Santiago Sepúlveda en las diligencias de traslado y afiliación que éstas deben efectuar en la nueva EPS a la que decidan afiliarse, y no sustraerse de tal deber hasta el día anterior a aquel en que surjan las obligaciones para la nueva entidad de salud, en los términos previstos en el artículo 56 del Decreto 806 de 1998.

Con fundamento en lo antes expuesto, para la Sala es claro, que si CAJANAL S.A. EPS no se encuentra en una situación administrativa y financiera lo suficientemente solvente para autorizar la práctica de los procedimientos y exámenes médicos que solicitan las accionantes, de todas formas tiene el deber de prestar la atención médica requerida por éstas, pues la realización de dichos tratamientos es urgente con el propósito de salvaguardar sus derechos a la vida y salud.

En esos términos, es claro entonces que la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL S.A. EPS- en Liquidación está vulnerando los derechos fundamentales de las señoras Vilma Maza Navarro y Carmen María Santiago Sepúlveda, pues como se estableció se encuentra obligada a suministrar provisionalmente los servicios de salud que éstas solicitan con el fin de lograr el restablecimiento de su salud, y además, debe acompañarlas y orientarlas en todos los trámites que deban adelantar ante la nueva EPS para hacer efectivo su traslado y afiliación, especialmente si se considera que CAJANAL S.A. EPS, cuenta con los mecanismos legales adecuados para ejercer la acción de repetición contra el Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.

Así las cosas, las demandas de instancia serán revocadas, para en su lugar disponer que la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL S.A. EPS- en Liquidación que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, realice los trámites necesarios para que sean autorizados y practicados los procedimientos y exámenes médicos que requieren las tutelantes de conformidad con las prescripciones y órdenes médicas, así como el suministro de los medicamentos a que haya lugar, de acuerdo con las razones y argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

Así mismo, se ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL S.A. EPS- en Liquidación que realice las gestiones pertinentes con el propósito de hacer efectivo el traslado y afiliación de las tutelantes a la entidad promotora de salud -EPS- que éstas elijan de acuerdo con las condiciones de oferta de servicios disponible en la región, orientándolas y acompañándolas en todos los trámites que deban surtir para esos efectos.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito de Barranquilla y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla –Sala Penal-, dentro de la acción de tutela instaurada por Vilma Maza Navarro contra la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL S.A. EPS- en Liquidación, y en su lugar CONCEDER el amparo impetrado en relación con los derechos fundamentales de la tutelante, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla –Sala Penal- dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Carmen María Santiago Sepúlveda contra la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL S.A. EPS- en Liquidación, y en su lugar CONFIRMAR la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero (3º) Penal del Circuito de Barranquilla, mediante la cual se concedió el amparo solicitado por la peticionaria.

Tercero.- ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL S.A. EPS- en Liquidación, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, realicen los trámites necesarios para que sean autorizados y practicados los procedimientos y exámenes médicos que requieren las tutelantes de conformidad con las prescripciones y órdenes médicas, así como el suministro de los medicamentos a que haya lugar, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, especialmente con fundamento en lo señalado en el séptimo aparte.

Cuarto.- ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL S.A. EPS- en Liquidación una vez cumplido lo anterior, que en el término de ocho (8) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a realizar las gestiones pertinentes con el propósito de hacer efectivo el traslado y afiliación de las tutelantes a la entidad promotora de salud –EPS- que éstas elijan de acuerdo con las condiciones de oferta de servicios disponible en la región, orientándolas y acompañándolas en todos los trámites que deban surtir para esos efectos.

Quinto.- AUTORIZAR a la Caja Nacional de Previsión –CAJANAL S.A. EPS- en Liquidación para que de ser necesario haga efectivo el derecho que le asiste de repetir contra el Estado, por lo que pague en cumplimiento de la orden emitida en esta sentencia, ante la subcuenta

respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud -FOSYGA-.

Sexto.- Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Al respecto consultar entre otras, las sentencias T-543/04, T-697/04, T-801/04, T-883/04 y T-946/04. Sobre el particular esta Corporación en sentencia T-1030 de 2001, señaló lo siguiente: “”En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha precisado que, salvo en el caso de los niños, el derecho a la salud no es fundamental sino una garantía de carácter prestacional, que bien puede convertirse en un derecho fundamental, por conexidad, si la ausencia de tratamiento pone en peligro un derecho fundamental de la persona, en especial los derechos a la integridad física y a la vida en condiciones dignas. En tal virtud, el derecho a la salud podrá ser amparado mediante la acción de tutela.”

2 Sobre el particular se pueden consultar entre otras las sentencias T-946/04, T-883/04, T-543/04, T-189/02, T-946/01, T-545/000, T-548/00, T-1298/00, T-1325//00 y T-926/99.

3 Constitución Nacional, Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

4 Sobre el particular, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-829/99, T-1029/00, T-1188/01 y T-1093/02.

5 Al respecto, se pueden ver las sentencias T-011/04, T-682/04 y T-1218/04.

6 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-428 de 1998 y T-109/99.

7 Sobre el particular, el artículo 56 del Decreto 806 de 1998 establece lo siguiente: “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 nuevas obligaciones para la nueva entidad” (negrilla fuera del texto)

8 Por su parte, el Decreto 047 de 2000, que modificó algunos artículos del Decreto 806 de 1998, en lo relativo a la afiliación de los usuarios de salud al Sistema General de Seguridad Social, establece en el artículo 16 lo siguiente: “Derecho de traslado en el régimen contributivo. Para efecto de las disposiciones de derecho de traslado del usuario, a partir del 1º 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 aquéllos 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. (...)”. (negrilla y subraya fuera de texto)

9 Corte Constitucional, sentencia T-010 de 2004.

10 Al respecto también se puede consultar la sentencia T-011 de 2004, en donde la Corte tuvo en cuenta entre otras consideraciones las siguientes: “ (...) En el marco jurídico desarrollado por la Ley 100 de 1993, y de acuerdo con los principios generales consagrados en la Constitución Política, el artículo 153 se ocupa de regular los principios especiales que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Uno de tales principios es el de la “libre escogencia”, en virtud del cual se permite la participación de diferentes entidades que

ofrezcan la administración y prestación de los servicios de salud, y se asegura a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de los servicios de salud, de acuerdo con las condiciones de oferta de servicios; con lo cual, a través de dicho principio se garantiza el derecho de los afiliados al SGSSS de elegir libremente la entidad que estará a cargo de atender sus requerimientos en salud.

(...)

Con el fin de hacer efectivo el derecho de los usuarios a la “libre escogencia”, el mismo artículo 153 prevé sanciones en caso de su incumplimiento, remitiendo al régimen sancionatorio al que hace expresa referencia el artículo 230 de la misma Ley 100 de 1993.

(...)

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 solo el acceso al sistema de salud como tal y a su cobertura, sino que además se proyecta sobre las garantías de permanencia y traslado de sus afiliados dentro del sistema. Ello explica por qué el derecho a la “libre escogencia”, al cual se hizo expresa referencia, constituye un principio fundante del Sistema de Seguridad Social en Salud y a su vez una característica básica del mismo (Ley 100 de 1993, arts. 153 y 156).

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. Así, el artículo 14 del Decreto 1485 de 1994¹⁰ regula el derecho a la “libre escogencia”, disponiendo inicialmente que las entidades promotoras de salud están obligadas a la prestación del Plan Obligatorio de Salud a todas las personas que deseen afiliarse y que paguen la cotización o reciban el subsidio correspondiente, reiterando de igual forma, que los afiliados tienen el derecho a escoger libremente entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio.

(...)

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 (4°) y noveno (9°) 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.

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.¹⁰ pues tal comportamiento haría nugatoria la prerrogativa garantizada por la ley y amparada por la Constitución Política.

(...)

En este contexto, de acuerdo con el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, aquellas entidades promotoras de salud que incumplan las obligaciones legalmente estipuladas y desconozcan los derechos de sus afiliados, ya sea no prestando en debida forma los servicios del Plan Obligatorio de Salud o no garantizando el acceso y permanencia en el sistema, serán objeto de las correspondientes investigaciones administrativas que pueda iniciar la Superintendencia Nacional, y de las sanciones que se contemplan en la citada Ley y demás normas reglamentarias. (...)” (negrilla y subraya fuera de texto).

11 En la sentencia T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se indicó que según la jurisprudencia constitucional “(...) el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).” Concretamente, se indicó que la noción jurídica de dignidad humana, en el ámbito de la autonomía individual, consiste en “(...) la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.” En esta sentencia la Corte decidió, entre otras cosas, que “(...) es evidente la existencia de una estrecha relación entre la posibilidad del goce efectivo del derecho a la dignidad humana (ámbito de las condiciones materiales de existencia) y la prestación ininterrumpida del servicio de suministro de energía eléctrica al centro penitenciario como bien constitucionalmente protegido.”

12 Sobre el particular, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-1188/01, T-1093/02, T-442/03, T-614/03 y T-881 de 2003.

13 Corte Constitucional, sentencia T-170 de 2002.

14 Corte Constitucional, sentencia T-956 de 2004.

16 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-956 de 2004.

17 Sobre el particular el artículo 55 del Decreto 806 de 1998, establece lo siguiente: “Traslado de Entidad Promotora de Salud. Los afiliados a una Entidad Promotora de Salud, podrán trasladarse a otra, de conformidad con las reglas establecidas en el artículo precedente, previa solicitud a la nueva EPS, presentada por el afiliado con no menos de treinta (30) días calendario de anticipación. (...)”

La Entidad Promotora de Salud a la cual se traslade el afiliado deberá notificar tal hecho a la anterior, en la forma que establezca la Superintendencia Nacional de Salud.”

18 Sobre el particular se puede consultar la sentencia T-170 de 2002.

19 Corte Constitucional, sentencia T-229 de 2000.

20 Corte Constitucional, sentencia T-288 de 2004.

21 Corte Constitucional, sentencia T-204 de 2002.

22 Ley 100 de 1993, artículo 157 y Decreto 806 de 1998, artículo 25.

23 Ley 100 de 1993, artículo 160 y Decreto 806 de 1998, artículos 26 a 29.

24 Decreto 806 de 1998, artículo 42 y ss.

25 En el mismo sentido, esos beneficios se encuentran previstos en los artículos 30 a 33 del Decreto 806 de 1998.

26 Decreto 806 de 1998, artículo 16. Atención inicial de urgencias. El sistema general de seguridad social en salud garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias. El costo de los servicios será asumido por la entidad promotora de salud o administradora del régimen subsidiado a la cual se encuentre afiliada la persona o con cargo al Fosyga en los eventos descritos en el artículo precedente.

Así mismo, el Decreto 047 de 2000, en el artículo 10, prevé lo siguiente: “Atención inicial de urgencias. En concordancia con lo establecido en el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, durante los primeros treinta días después de la afiliación se cubrirá únicamente la atención inicial de urgencias, es decir, todas aquellas acciones realizadas a una persona con patología de urgencia que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, consistentes en:

a) La realización de un diagnóstico de impresión,

b).La definición del destino inmediato de la persona con la patología de urgencia tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las

acciones y el comportamiento del personal de salud.

(...)

En ningún caso se podrá exigir contrato u orden previa para la atención inicial de urgencias. No obstante, conforme a las disposiciones legales es deber de las entidades promotoras de salud a efectos de proteger a sus afiliados, velar por la racionalidad y pertinencia de los servicios prestados y garantizar el pago ágil y oportuno a la institución de salud a la cual ingresó el afiliado (...).

Una vez se establezca la persona y se defina su destino inmediato, será requisito indispensable para la realización de los siguientes procedimientos la autorización por parte de la entidad promotora de salud. (subraya y negrilla fuera de texto).

Finalmente, el Decreto 783 de 2000, en el artículo 10 relativo a la atención inicial de urgencias, adicionó el siguiente párrafo: “Los trabajadores independientes y sus beneficiarios tendrán derecho a partir de la fecha de su afiliación y pago a los beneficios señalados en el plan obligatorio de salud.

27 Mediante Resolución No. 0014 del 21 de enero de 2004, se adoptó tal decisión, que fue debidamente comunicada por la Oficina Asesora Jurídica mediante Circular No. 001 del 3 de febrero de 2004.

28 Sobre el particular, el artículo 3º del Decreto 1777 de 2003, estableció lo siguiente:

“Artículo 3º. Objeto y duración. La Sociedad Cajanal S.A. EPS tendrá como objeto promover, organizar y garantizar y prestar, directa o indirectamente, los servicios de salud a sus afiliados y usuarios, para lo cual podrá desarrollar las funciones consagradas en el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que la reglamenten, modifiquen o adicionen. El término de la Sociedad será indefinido.”

29 A folios 4 a 8 del Expediente, obra copia del dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez Regional de Barranquilla, en donde se califica la patología que padece la señora Maza Navarro como elefantiasis (osteo-artrosis de rodillas), y se le determina una incapacidad del 58.2%.

30 A folios 10 y 1 del Expediente, obra copia de la Historia Clínica de la señora Santiago de Sepúlveda, en donde consta que padece de micro hemorragias en la retina y cataratas en ambos ojos.

31 En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-137 de 2005.