

Sentencia T-971/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU PROTECCION A TRAVES DEL EJERCICIO DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

FLUJO FINANCIERO DE CAJA DEL REGIMEN SUBSIDIADO DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD AFILIADA AL REGIMEN SUBSIDIADO-Práctica de cirugía, citas médicas, autorización de exámenes, valoraciones y medicamentos que requiera y para las demás enfermedades que se encuentre padeciendo incluida la atención domiciliaria

Referencia: expediente T-2.559.982

Demandante:

María Virginia López Cancimanse

Demandado:

Selvasalud EPSS, Hospital Isaías Duarte Cancino, Hospital Universitario del Valle Evaristo García y el Municipio de Santiago de Cali.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En la revisión del fallo de única instancia proferido por el Juzgado Catorce Penal Municipal de Cali, el 23 de diciembre de 2009, en el que se negó la acción de amparo constitucional instaurada por Hernán Núñez Velasco en calidad de agente oficioso de la señora María Virginia López Cancimanse, contra Selvasalud EPSS, el Hospital Isaías Duarte Cancino, el Hospital Universitario del Valle Evaristo García y el municipio de Santiago de Cali.

La presente acción de tutela fue escogida para revisión por la Sala de Selección número Dos, mediante Auto del 26 de febrero de 2010, y repartida a la Sala Cuarta de esta Corporación para su decisión.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos, fundamentos y pretensiones

Actuando a través de agente oficioso, la señora María Virginia López Cancimanse, promovió acción de tutela en contra de Selvasalud EPSS, con la intención de que le protejan los derechos fundamentales a la integridad física y personal, y a la salud en conexidad con la vida, que, según afirma, le son vulnerados por dicha entidad, al no practicarle la intervención quirúrgica denominada colecistectomía y al no suministrarle los medicamentos, exámenes, radiografías y valoraciones médicas que requiere, para su enfermedad denominada colelitiasis.

Se acreditó que la señora María Virginia López Cancimanse, quien actualmente tiene 83 años de edad, se encuentra afiliada a Selvasalud EPSS, en el Régimen Subsidiado, nivel 1, del municipio de Cali.

El 6 de octubre de 2009 la señora María Virginia López Cancimanse, asistió a cita con su médico tratante, en el Hospital Isaías Duarte, y le diagnosticaron cálculos en la vesícula biliar o colelitiasis sintomática. El facultativo le ordenó una serie de exámenes, para realizarle una colecistectomía y, al efecto, debía realizar los trámites pertinentes y esperar el turno para que la operaran.

El 3 de diciembre de 2009, en el Hospital Isaías Duarte Cancino ESE de la ciudad de Cali, se programó la cirugía de colecistectomía de la señora María Virginia, sin embargo, ésta no pudo efectuarse debido a que el Hospital no cuenta con la unidad de cuidados intensivos -

UCI-, que se requiere para la paciente por su avanzada edad y la obesidad mórbida que presentaba.

Frente a lo anterior, ese mismo día los galenos decidieron remitir a la señora María Virginia al Hospital Universitario del Valle Evaristo García, una vez allí, la examinó un médico que plasmó en las observaciones del formato de triaje¹ que la paciente no tenía una urgencia, no presentaba dolor, no habían signos de ictericia y debía solicitar cita médica.

De acuerdo con la información dada por los familiares de la señora María Virginia, la señora ha tenido tratamiento paliativo en el manejo de sus dolores, no le han programado nuevamente la cirugía y actualmente pesa 80 kilos.

2. Pruebas que obran en el expediente

Con el escrito contentivo de la solicitud de tutela se aportaron como pruebas las siguientes fotocopias:

* Formato de urgencias del Hospital Universitario del Valle Evaristo García, del 3 de diciembre de 2009, a nombre de María Virginia López Cancimanse.²

* Exámenes diagnósticos de sangre y de tórax a nombre de la señora María Virginia López Cancimanse, realizados en el mes de octubre de 2009.³

* Formato de historia clínica del Hospital Isaías Duarte Cancino ESE, del 6 de octubre de 2009, a nombre de María Virginia López Cancimanse, en la cual diagnostican “colelitiasis”.⁴

* Fotocopia de la cédula de ciudadanía y carnet de la EPSS Selvasalud, a nombre de María Virginia López Cancimanse.⁵

3. Respuesta de la entidad accionada

El Juzgado Catorce Penal Municipal de Santiago de Cali, mediante Auto del 4 de diciembre de 2009, admitió la demanda, y corrió traslado a Selvasalud para que se pronunciara sobre los

hechos y las pretensiones.

La entidad no dio respuesta a la acción de tutela.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

Previo a la sentencia, el Juzgado Catorce Penal Municipal de Santiago de Cali, decretó medida provisional a favor de la demandante, ordenándole al representante legal de Selvasalud EPSS la práctica, en forma urgente y sin dilaciones, de la cirugía de vesícula biliar y dar respuesta a la acción de tutela. Así mismo, le comunicó la tutela a la Defensoría del Pueblo del Valle del Cauca.

Mediante sentencia del 23 de diciembre de 2009, el Juzgado decidió no tutelar los derechos de la accionante sustentado en las siguientes razones:

“Como se pudo conocer de los documentos aportados por el accionante, la señora María Virginia López Cancimanse, desde el mes de agosto del presente año le detectaron cálculos en la vesícula con dolor abdominal, siendo valorada por su servicio de salud subsidiado en el Hospital Isaías Duarte Cancino el 3 de diciembre de 2009 y según concepto médico emitido por el Dr. Diego A. Penilla, da a conocer: “la paciente debe ser atendida en nivel superior donde existe una posibilidad de UCI”.

Si bien, para ese momento no fue intervenida quirúrgicamente porque el médico tratante así lo dispuso, no quiere decir que la entidad Selvasalud EPS le haya vulnerado el derecho a la salud y vida, porque al verificar su diagnóstico la envió al Hospital Isaías Duarte Cancino, pero es allí donde el médico cirujano advierte que debe ser sometida a esa intervención en una institución de nivel superior, en una eventualidad que se requiera de la Unidad de Cuidados Intensivos.

Con todo, se vislumbra, por el contrario, que la entidad demandada a través de sus profesionales en salud actuó con sensatez y responsabilidad, porque si bien es cierto la señora LOPEZ CANCEMANSE, requiere con urgencia de la cirugía colecistectomía, también es cierto que dicha intervención quirúrgica debe ser realizada en una institución de nivel superior, donde se cuente con todos los elementos y apta para una eventualidad en caso de necesitarse la Unidad de Cuidados Intensivos, por tratarse de una persona anciana y con

obesidad mórbida.

Ciertamente, la entidad demandada procedió con compromiso frente a un apaciente adulto mayor, considerando este Despacho que no fue vulnerado los derechos que reclama la señora MARÍA VIRGINIA LÓPEZ CANCEMANSE, por conducto del señor HERNAN NUÑEZ VELASCO, máxime cuando se trata de una cirugía incluida en el Plan Obligatorio de Salud”.

Las partes no impugnaron la sentencia.

III. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante Auto del trece (13) de mayo de 2010, el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso y mejor proveer en el presente caso. Igualmente, resolvió vincular al Hospital Isaías Duarte Cancino ESE, al Hospital Universitario del Valle Evaristo García y al municipio de Santiago de Cali, a objeto de que se pronunciaran acerca de los hechos y las pretensiones de la acción de tutela. De igual forma, se dispuso formular a las partes un cuestionario sobre la situación dilucidada.

Como quiera que la Sala de Revisión no obtuvo respuesta por parte de algunas de las entidades requeridas y las que se pronunciaron lo hicieron de manera parcial, mediante Auto del quince (15) de junio de 2010, el Magistrado Sustanciador requirió al municipio de Santiago de Cali, a la EPSS Selvasalud, al Hospital Isaías Duarte Cancino ESE, al Hospital Universitario del Valle Evaristo García y al señor Hernán Núñez Velasco, agente oficioso de la accionante, para que dieran respuesta al cuestionario formulado.

En escritos recibidos en la Secretaría de esta Corporación las entidades dieron respuesta en los siguientes términos:

1.1. Esa entidad prestadora de servicios de salud es de mediana y alta complejidad de atención. Suscribió un contrato con Selvasalud EPSS para la prestación de servicios en salud de la población afiliada en el Valle del Cauca y Nariño, por un valor de mil millones de pesos (\$1.000'000.000), por el periodo comprendido entre el 1° de octubre y el 31 de diciembre de 2009.

1.2. El estado de cartera que Selvasalud EPSS, les adeuda es el siguiente:

Octubre

Noviembre

Diciembre

Total

\$91'858.662

\$359'124.308

\$343'071.021

\$797'053.991

1.3. Suspendieron el crédito por prestación de servicios a Selvasalud EPSS, a partir del 15 de diciembre de 2009, debido al incumplimiento de la cláusula séptima del contrato que indicaba que debían cancelar el valor del contrato de conformidad con lo reglamentado en la Ley 1122, Decreto 4747 de 2007, exceptuando las atenciones prestadas a través del servicios de urgencias.

1.4. Entre otras observaciones, indicaron que Selvasalud EPSS:

1.4.1. No tiene flujo de recursos oportuno con la red pública.

1.4.2. No cumple con el pago anticipado del 50%, en la modalidad de contratación por evento.

1.4.3. No cuenta con un sistema de auditoría de la calidad.

1.4.4. No realiza seguimiento a indicadores de calidad.

1.4.5. No realiza visitas de seguimiento a los protocolos de atención en salud.

1.4.6. Presenta reiterativamente la falta de contratación con los niveles I y II, de complejidad,

lo que afecta la prestación de servicios.

1.5. Para cobrar lo adeudado por Selvasalud EPSS durante el periodo comprendido entre el 25 de agosto y el 25 de noviembre de 2009, iniciaron un proceso ejecutivo ante el Juzgado Laboral del Circuito de Mocoa, por la suma de mil quinientos millones de pesos (\$1.500'000.000), radicado No. 8600131005001209-00410; en consecuencia, el juez mediante, auto interlocutorio, libró mandamiento de pago por la suma adeudada a favor del Hospital.

1.6. La señora María Virginia López Cancimense ingresó a Urgencias, el día 3 de diciembre de 2009, remitida por el Hospital Isaías Duarte, ella no presentaba dolor y tampoco tenía signos de ictericia, razón por la cual debía solicitar una cita externa para su valoración.

2. El Gerente del Hospital Isaías Duarte Cancino ESE, dio respuesta informando que la institución es de 2° nivel de complejidad, que suscribieron contrato con Selvasalud EPSS, para la prestación de servicios en salud, por un valor de sesenta millones de pesos (\$60'000.000), para el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2009, la forma de pago es la estipulada en la Ley 1122 y el Decreto 4747 de 2007, previa presentación de las respectivas cuentas de cobro.

2.1. Afirman que Selvasalud EPSS no se encontraba al día con los pagos del contrato, sin embargo, prestaron los servicios de salud hasta el último día del mismo.

2.2. Informaron que María Virginia López Cancimense, asistió a cita médica el 6 de octubre de 2009 y refirió un dolor abdominal. Luego de ser valorada le diagnosticaron colecistolitiasis sintomática determinándose que debían llevarla al quirófano, al efecto le realizaron los exámenes pre quirúrgicos y programaron la cirugía para el 3 de diciembre de 2009. Al momento del ingreso al quirófano, el médico cirujano advierte que la paciente es de alto riesgo y que requería una unidad de cuidados intensivos (UCI), con la cual no cuenta esa institución, por tal razón fue remitida al Hospital Universitario del Valle Evaristo García, en el que por ser de tercer nivel de complejidad, podían brindarle la atención médica que requería la paciente.

3. La Secretaría de Salud Pública de la Alcaldía de Santiago de Cali informó que el Hospital Isaías Duarte Cancino ESE y el Hospital Universitario del Valle Evaristo García ESE, hacen

parte de la red contratada por la EPS Selvasalud, la contratación fue en la modalidad “por evento”, para el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2009. Con la primera institución el valor del contrato fue por \$250'000.000 y con la segunda fue por \$60'000.000.

3.1. Señaló que Selvasalud EPSS, autorizó a la señora María Virginia la cirugía de colecistectomía, la cual fue cancelada por el cirujano del Hospital Isaías Duarte debido a que la paciente requería otro nivel de atención.

3.2. La entidad adjuntó el informe de interventoría del contrato de aseguramiento, efectuada por la Cooperativa de Trabajo Asociado Prestadores de Servicios Agrupados P.S.A., en el cual se resalta que Selvasalud EPS no paga oportunamente a la red pública, ni a los prestadores, ni a los demás proveedores dentro del plazo establecido en el literal d), artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, pues tiene cuentas por pagar a más de 30, 60 y 90 días, señalando que el no cumplimiento en el flujo de recursos afecta de manera grave la sostenibilidad financiera de las ESE y arriesga la prestación de los servicios de salud a los usuarios de la EPSS, en consecuencia el interventor recomendó iniciar un proceso administrativo sancionatorio con imposición de multa, de conformidad con la cláusula vigésima quinta del contrato de administración de recursos del Régimen Subsidiado en Salud.

3.3. Así mismo, indicó que el informe de interventoría indica que, de acuerdo con el artículo 36 del Decreto 050 de 2003, ante la mora de Selvasalud EPSS frente a la red prestadora de servicios, además del pago de intereses por mora superior a 7 días calendario respecto a las cuentas debidamente aceptadas, habiendo recibido oportunamente los recursos correspondientes a las UPC-S de su población afiliada, la entidad territorial podía abstenerse de celebrar nuevos contratos de aseguramiento o de renovar los ya existentes en el siguiente periodo de contratación. Ello, sin perjuicio del aviso a la Superintendencia Nacional de Salud y demás autoridades competentes.

3.4. Finalmente, la Secretaría de Salud Pública de la Alcaldía de Santiago de Cali, solicitó que la desvincularan de la presente acción de tutela porque no tiene facultades para intervenir en lo que requiere la accionante. Así mismo, pidió que la exoneraran de cualquier tipo de sanción que se encuentre prevista para el efecto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, se establece que se podrán agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.”

En el presente caso, la acción de amparo constitucional la instauró Hernán Núñez Velasco en calidad de agente oficioso de la señora María Virginia López Cancimanse, por cuanto no estaba en condiciones de promover su propia defensa, porque su delicado estado de salud no se lo permite, invoca la protección de sus derechos fundamentales.

2.2 Legitimación pasiva

La EPSS Selvasalud, el Hospital Isaías Duarte Cancino, el Hospital Universitario del Valle Evaristo García y el municipio de Santiago de Cali, como entidades encargadas de garantizar y prestar el servicio público de salud, están legitimadas como parte pasiva con fundamento en lo dispuesto por artículos 5º y 42 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema jurídico

En el caso concreto, a nombre de la ciudadana María Virginia López Cancimanse Blanca, se interpuso acción de tutela, en razón a que la entidad demandada no le realizó el procedimiento denominado colecistectomía, a través de la red hospitalaria que tiene contratada para el aseguramiento en el régimen subsidiado, para lo cual invoca la protección

de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida.

De acuerdo con los hechos que han dado lugar a la controversia objeto de la presente acción de tutela, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer si resulta violatoria de los derechos a la salud, a la vida y a la dignidad, la decisión de una empresa promotora de servicios de salud subsidiada y de su red prestadora de servicios, al no practicar un procedimiento denominado colecistectomía a una afiliada al régimen subsidiado de salud, teniendo en cuenta que el procedimiento quirúrgico se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS).

Para efectos de resolver la controversia planteada, la Sala desarrollará los temas relacionados con: (i) el alcance del derecho fundamental a la salud y su protección a través del ejercicio de la acción de tutela y, (ii) el flujo financiero de caja del régimen subsidiado dentro del sistema de seguridad social en salud.

4.1. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social se considera como un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, además, se garantiza a todas las personas, como un derecho irrenunciable.

El artículo 49 Superior, establece que la salud hace parte de la Seguridad Social, es decir, es un servicio público garantizado a todas las personas. Para el cumplimiento de este postulado constitucional, le corresponde al Estado, a las entidades territoriales y a los particulares el desarrollo de sus competencias en materia asistencial, presupuestal, financiera, dirección, organización, reglamentación, control y vigilancia, señalados en la ley.

4.2. En la actualidad, la jurisprudencia de esta corporación considera la salud como un derecho fundamental autónomo, derivado de la dignidad humana, teniendo en cuenta que hace parte de los elementos que le dan sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales”, alcance que se realiza de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P).⁶

Así las cosas, la Corte consideró que la calidad de fundamental de los derechos no depende de la manera como estos se hacen efectivos sino que “todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar

democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención).”⁷

4.3. Así pues según lo establecido en la Constitución Política y en la Ley 100 de 1993, las personas tienen derecho al acceso a los servicios que sean necesarios para conservar o restablecer su salud. Máxime, si se trata de las personas de la tercera edad⁸ que requieren de la especial protección que el artículo 46 de la Constitución Política ordenó.

Existe una relación íntima entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad que ha instituido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), a través de la Observación General número 14 que, en su párrafo 25 establece:⁹

“25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores (...)”

4.4. Así pues, puede decirse que toda persona tiene derecho a que le brinden los servicios de salud que le ordene su médico tratante, esto es, aquellos servicios necesarios e indispensables para conservar o recuperar la salud. En este sentido, la Corte Constitucional,¹⁰ en aplicación de los principios de integralidad, continuidad y confianza legítima que rigen el derecho a la salud, ha señalado que estos deben garantizarse de manera permanente, ininterrumpida y sin lugar a fraccionamientos.

De esta manera, las entidades promotoras de salud, tanto del régimen contributivo como del régimen subsidiado, están obligadas a garantizar a sus pacientes o afiliados la prestación de los servicios médicos que se encuentran descritos en los correspondientes planes obligatorios de salud – POS-.

5. El flujo financiero de caja del régimen subsidiado dentro del sistema de seguridad social en

salud

5.1. Dentro de los parámetros constitucionales delineados, el legislador estableció el Sistema Integral de Seguridad Social en Salud a través de la Ley 100 de 1993,¹¹ en el artículo 152, se indicó que sus objetivos son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles. Además en el artículo 157 previó dos regímenes para la prestación del servicio, en función de sus fuentes de financiación, uno de ellos es el subsidiado que se creó a través del artículo 212, ejusdem, cuyo propósito es la financiación de las personas más pobres y vulnerables del país en las áreas rural y urbana, que no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización en salud.¹² Por lo tanto, corresponde al Estado financiar a las personas que resulten beneficiadas por este régimen.

En el artículo 214¹³ de la Ley 100 de 1993 señaló las fuentes de financiación del Sistema de Salud entre las cuales se encuentran los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud -SGPS-, sistema reglamentado por la Ley 715 de 2001,¹⁴ norma que, en su artículo 1°, señala que la Nación transfiere a las entidades territoriales los recursos necesarios para la financiación de los servicios de salud.

5.2. Específicamente, la Ley 715 de 2001, en los artículos 42 al 44, asignó las competencias en materia de salud, estableciendo que, a la Nación¹⁵ le corresponde la dirección, la vigilancia y el control de los recursos, sin perjuicio de las funciones propias de las entidades territoriales en la materia.

A su turno, a los departamentos les asignó funciones de: dirección, prestación y aseguramiento, al efecto éstos deben gestionar la prestación de los servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre que reside en su jurisdicción, en lo no cubierto por los subsidios a la demanda, ello, a través de instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, función que debe financiar con recursos propios, si lo considera pertinente, o con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos.¹⁶

A su vez, asignó a los municipios¹⁷ la financiación y cofinanciación de la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y la ejecución eficiente de los recursos destinados para tal fin. De esta manera, puede afirmarse que le corresponde a los

municipios la financiación de dicho régimen¹⁸ y a los departamentos les corresponde lo que no se encuentre cubierto con los subsidios a la demanda.

De igual forma, la Ley 715 de 2001, en el artículo 47, ibídem, señaló que “los recursos del Sistema General en Participaciones en salud se destinarán a financiar los gastos de salud, en los siguientes componentes: 47.1 Financiación o cofinanciación de subsidios a la demanda, de manera progresiva hasta lograr y sostener la cobertura total; 47.2. Prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y 47.3. Acciones de salud pública, definidos como prioritarios para el país por el Ministerio de Salud.” Por consiguiente, la Nación debe transferir los recursos hacia los departamentos y los municipios.

5.3. Para ejecutar los recursos que financian el Régimen Subsidiado los entes territoriales,¹⁹ con fundamento en el Acuerdo 415 de 2009,²⁰ suscriben un único contrato con cada empresa promotora de salud subsidiada -EPSS- que se encuentre inscrita en el territorio, la cual, a su vez, debe garantizar a los afiliados lo que contempla al Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS.

De tal manera que una vez se suscriben los contratos de aseguramiento en salud, las EPSS deben presentar ante la entidad territorial una relación de los contratos que suscriben con las instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS-, a fin de acreditar la existencia de la red asistencial estructurada por niveles de complejidad; el tiempo de contratación con las IPS no podrá ser inferior a la vigencia del respectivo período del contrato de aseguramiento, salvo por eventos excepcionales relacionados con el incumplimiento de las obligaciones del prestador o la revocatoria de su habilitación, casos en los cuales se admite una contratación por menor tiempo para completar el período anual de contratación.²¹

5.4. De igual forma, el Régimen Subsidiado se financia con recursos de la subcuenta de solidaridad Fosyga, desde la cual se gira a las entidades territoriales cada trimestre de manera anticipada,²² ello de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007.²³

Seguidamente, la misma norma dispone que las entidades territoriales tienen el deber de girar a las entidades promotoras de salud subsidiada -EPSS-, cada dos meses y de manera anticipada dentro de los diez (10) primeros días de cada bimestre. Por su parte, estas últimas deben pagar a sus prestadores de servicios de salud IPS, cada mes y de manera anticipada el

100%, del valor del contrato, si tienen como forma de contratación por capitación y, si es por otra modalidad, se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco (5) días posteriores a su presentación, en caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando, en el caso del régimen subsidiado, la EPSS haya recibido los recursos del ente territorial. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago.

5.5. En el caso de no cumplirse con las disposiciones del flujo de caja el Gobierno Nacional puede girar directamente a las IPS y sancionar a aquellos actores que no aceleren el flujo. De igual forma, el ente territorial o la EPSS que no pague dentro de los plazos establecidos, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente.

5.6. En el mismo sentido, el Congreso de la República, a través del Decreto 050 de 2003, adoptó unas medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, desde el origen de cada una de las fuentes que lo financian hasta su pago y aplicación, con el propósito de garantizar el acceso efectivo de la población a los servicios de salud y otros aspectos relacionados con el manejo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los actores que intervienen en la generación, presupuestación, recaudo, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tienen la obligación de garantizar el flujo de los mismos a través del cumplimiento de lo dispuesto en el citado decreto y demás normas que regulan la materia y, responderán por su acción u omisión, según el caso, cuando su conducta entorpezca el flujo o genere la aplicación indebida de tales recursos.

Al efecto, el decreto estableció unas reglas para el flujo financiero, que de no observarse permiten que la Nación proceda a girar los recursos del Sistema General de Participaciones y de la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga, que financian el Régimen Subsidiado, directamente a todas las Administradoras del Régimen Subsidiado (ahora empresas promotoras de salud subsidiada EPSS) que atienden la población del respectivo ente territorial, además el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 24 del Decreto 050 de 2003, da lugar a la aplicación de las sanciones personales.²⁴

En el mismo sentido, el artículo 36, ibídem, establece las consecuencias que se derivan de la mora de las EPSS frente a la red prestadora de servicios,²⁵ las cuales consisten en el pago de intereses moratorios y sanciones tales como: (i) no celebrar nuevos contratos de aseguramiento; (ii) no renovar los ya existentes en el siguiente período de contratación; (iii) dar por terminado el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado y, (iv) el impedimento para que la EPSS contrate con la misma entidad territorial para el siguiente período de contratación.

De tal manera que, el ordenamiento ha dispuesto las herramientas jurídicas que permiten alcanzar el objetivo de la financiación del régimen subsidiado, que es el acceso al sistema de salud para los ciudadanos más pobres y vulnerables, de manera eficiente, eficaz, con calidad, sin que medien dilaciones injustificadas so pretexto de mora en el pago del contrato de aseguramiento.

V. Caso concreto

La señora María Virginia López Cancimanse asegurada en materia de salud por el Estado, a través del régimen subsidiado con Selvasalud EPSS, mediante agente oficioso, alega que no accedió al servicio médico en el nivel de atención que requería para el restablecimiento de su salud, razón por la cual pide la protección de sus derechos fundamentales, por cuanto dicha entidad y los Hospital Isaías Duarte Cancino y el Universitario del Valle Evaristo García no le practicaron una intervención quirúrgica que requiere debido a que uno de ellos no tenía el grado de complejidad médica y en el otro consideraban que debía asistir previamente a una cita médica.

Para esta Corte, es claro que la no práctica del procedimiento médico incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado- POSS -, amenaza el derecho a la vida y a la salud de la señora López Cancimanse, desde el punto de vista biológico y de las condiciones dignas en las que debe desarrollarse la existencia del ser humano.

Ahora bien, una vez analizadas las pruebas obrantes en el expediente, la Corte logró verificar que Selvasalud EPSS no cumplió con sus obligaciones contractuales ni legales, en lo que tiene que ver con el pago oportuno a la red pública que tiene para ejecutar el contrato de aseguramiento que suscribió con el municipio de Santiago de Cali, circunstancia que afectó de manera directa el acceso a los servicios médicos de la agenciada.

Por su parte, el municipio de Santiago de Cali desatendió sus obligaciones de dirección, organización, control y vigilancia, señaladas en la ley, ya que el informe de interventoría evidenció el incumplimiento contractual por parte de Selvasalud EPSS. A partir de tales evidencias, lo que correspondía era la imposición de sanciones, multas y demás consecuencias jurídicas que la ley ha dispuesto para tal evento. Además, concomitantemente, debió poner en conocimiento de la Superintendencia de Salud y del Ministerio de la Protección Social (ahora Ministerio de Salud y Protección Social) esa situación. Sin embargo, lo claro es que el municipio de Santiago de Cali obvió sus obligaciones y continuó suscribiendo contratos de aseguramiento con dicha entidad, lo cual puso en peligro no solo el acceso a los servicios de salud de la accionante sino también el de toda la población afiliada en esa EPSS.

Para esta Corte, resulta inadmisibile que mientras que el Estado, a través de sus órganos, realiza todas las actuaciones para que los ciudadanos más pobres y vulnerables del país accedan a unos servicios médicos eficientes y de calidad, algunos actores del sistema directos responsables de la prestación del servicio de salud no cumplan con las funciones que el ordenamiento jurídico ha establecido.

En el caso examinado los galenos del Hospital Isaías Duarte, al momento de diagnosticar los cálculos en la vesícula de la demandante y disponer la cirugía, debieron advertir que la edad y su condición de obesidad requerían de un hospital con un nivel de complejidad donde sí hubiera una unidad de cuidados intensivos y no esperar hasta el día de la intervención quirúrgica para percatarse de tal circunstancia.

Por su parte, los médicos del Hospital Universitario del Valle Evaristo García se limitaron a indicar que la paciente debía solicitar una cita por consulta externa, a pesar de que como quedó acreditado, suspendieron los servicios a los afiliados de Selvasalud por la falta de pago del contrato de prestación de servicios y solo atendían las urgencia médicas, en consecuencia, era obvio que la accionante no podía acceder al servicio médico y, mientras tanto, su estado de salud y su calidad de vida se deterioraba.

En consecuencia, y dado el carácter urgente de la atención que necesita la señora María Virginia, que exige una protección inmediata de sus derechos fundamentales, la Corte los amparará; en consecuencia, ordenará a Selvasalud EPSS gestionar ella misma la práctica del

procedimiento de colecistectomía requerido, las citas médicas, exámenes y valoraciones médicas para este procedimiento y para las demás enfermedades que se encuentre padeciendo la señora López Cancimanse, incluida la atención domiciliaria, si es el caso.

De igual forma, y de conformidad con el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud y con el derecho a la vida en condiciones dignas de la señora María Virginia López Cancimanse, se ordenará a Selvasalud EPSS suministrar directamente los medicamentos requeridos por la paciente para el tratamiento de todas sus afecciones.

Por su parte, el municipio de Santiago de Cali, deberá iniciar una estricta vigilancia y control de los contratos de aseguramiento actualmente suscritos y tomar las medidas administrativas que correspondan para el efecto, de acuerdo con sus competencias. Así mismo, deberá verificar las circunstancias de vulnerabilidad en las que se encuentra la señora López Cancimense y proceder a restablecer sus derechos a través de los distintos programas que tengan implementados para los adultos mayores.

Como quiera que el juez de primera instancia informó del presente amparo a la Defensoría del Pueblo del Valle del Cauca, se ordenará que dentro del ámbito propio de sus competencias, vigile el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

Finalmente, se enviarán copias a la Superintendencia de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Procuraduría General de la Nación, para que investiguen la conducta de los funcionarios de la Alcaldía de Santiago de Cali y demás responsables, que hayan estado comprometidos en la situación descrita.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos de este proceso, ordenada en el Auto del quince (15) de junio de dos mil diez 2010.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Penal Municipal de

Santiago de Cali el veintitrés (23) de diciembre de 2010. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos invocados a nombre de la señora María Virginia López Cancimanse, mediante agente oficioso.

TERCERO.- ORDENAR a Selvasalud EPSS que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, gestione ella misma la práctica del procedimiento de colecistectomía, las citas médicas, la autorización de los exámenes, valoraciones y medicamentos que requiera la agenciada para este procedimiento y para las demás enfermedades que se encuentre padeciendo, incluida la atención domiciliaria, de ser necesaria, previa valoración que le efectúe el médico tratante.

CUARTO.- ORDENAR al municipio de Santiago de Cali, realizar la vigilancia y control de los contratos de aseguramiento actualmente suscritos y tomar las medidas administrativas que correspondan para el efecto, de acuerdo con sus competencias.

QUINTO.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo del Valle del Cauca, para que dentro del ámbito propio de sus competencias vigile el cumplimiento de las decisiones aquí adoptadas y verifique las circunstancias de vulnerabilidad en las que se encuentra la señora López Cancimense y coadyuve a superarlas.

SEXTO.- ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se compulsen copias de las actuaciones que obran en el expediente T-2.559.982, a la Superintendencia de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Procuraduría General de la Nación, para que, en caso de que haya lugar, lleve a cabo las actuaciones que correspondan.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Triage (del francés triage) es un método de la medicina de emergencias y desastres para la selección y clasificación de los pacientes basándose en las prioridades de atención, privilegiando la posibilidad de supervivencia, de acuerdo a las necesidades terapéuticas y los recursos disponibles.

2 Ver folio 3 del cuaderno principal.

3 Ver folios 4 al 11 del cuaderno principal.

4 Ver folios 12 y 13 del cuaderno principal.

5 Ver folio 14 del cuaderno principal.

6 Sentencia T-859 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett, “La Corte en buena parte de su jurisprudencia ha invocado la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General N° 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que fijó el sentido y alcance de los derechos y obligaciones derivados del Pacto.”

7 Sentencia T-016 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto. Este mismo criterio fue reiterado en la Sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Sentencias T-801 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-036 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

9 Las observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), ofrecen la interpretación autorizada del Protocolo Internacional de Derechos Económicos y Culturales (PIDESC), tratado que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, por remisión del artículo 93 de la Carta. Por lo tanto, constituyen un valioso criterio de interpretación para precisar el alcance del derecho a la Salud. La Observación General No. 14, sobre el disfrute del nivel más alto del derecho a la salud, ha sido utilizada por la Corte

Constitucional para precisar algunos elementos del derecho a la salud, entre otras, en las Sentencias T-666 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes; T-859 de 2003 y T-860 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett; T-350 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño; T-223 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández; T-739 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño; T-884 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño; T-905 de 2005, MP. Humberto Antonio Sierra Porto y; T-1228 de 2005, MP. Jaime Araújo Rentería.

10 Ver Sentencias T-1087 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño; T-053 de 2009, MP. Humberto Antonio Sierra Porto y T-105 de 2010, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

11 “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social en Salud Integral y se dictan otras disposiciones”.

12 El cual estaba siendo reglamentado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y a partir de la expedición del Acuerdo 01 de 2009, el Ministerio de la Protección Social, creó la Comisión de Regulación en Salud Comisión de Regulación en Salud -CRES-, encargada de la reglamentación del POS y POS-S.

13 Modificado por el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

14 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

15 Artículo 42, de la Ley 715 de 2001.

16 Artículo 43.2.2., Ibídem.

17 Artículo 44.2.1, de la Ley 715 de 2001.

18 Esto, a través de los recursos del SGPS, Fosyga y recursos propios.

19 Entiéndase municipios.

20 “Por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”; expedido por Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS -.

21 Ver artículos 52, 55, 62, 63 y 64 del Acuerdo 415 de 2009.

22 Previo cumplimiento de la radicación de los contratos, la acreditación de cuentas maestras y el envío y cruce de la base de datos de los afiliados.

23 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

24 Entre otras, las multas hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la expedición del acto administrativo, contempladas en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001.

25 Cuando la mora es superior a siete (7) días calendario respecto de las cuentas debidamente aceptadas, habiendo recibido oportunamente los recursos correspondientes a las UPC de su población afiliada.