

Análisis a la responsabilidad del estado por la ineficiencia en el control y vigilancia en el pago de acreencias de las entidades promotoras de salud.

Parte 1 - Análisis histórico del derecho a la salud en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991

Dairo Efrain Castro Florez¹

Resumen:

Detectar los problemas esenciales del modelo de Inspección, Vigilancia y Control, existente en la actualidad, ejercido principalmente por la Superintendencia Nacional de Salud a las Entidades Promotoras de Salud – EPS, desde la implementación de la Ley 10 de Enero 10 de 1990, pasando por la Ley 100 de Diciembre 23 de 1993, reformada básica y principalmente por la Ley 1122 de Enero 9 de 2007 y por la Ley 1438 de Enero 19 de 2011, se convierte en una tarea minuciosa, por ello el problema investigativo apunta al análisis teórico-jurídico de dicha forma de intervención Estatal frente a las EPS's, el cual busca la protección y un manejo adecuado de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que redunde en la garantía a los ciudadanos, de los principios universales y los postulados constitucionales en materia de oportunidad, accesibilidad y calidad, para una plena satisfacción del derecho fundamental a la Salud y a la Seguridad Social. Este tema será desarrollado en una serie de artículos dirigidos a estudiar a profundidad el cuestionamiento ¿De qué manera el Estado incurre en responsabilidad ante la ejecución de las tareas de inspección, vigilancia y control a las EPS's que han sido intervenidas por la Superintendencia Nacional de Salud y que han dejado insolutas acreencias a favor de proveedores e instituciones prestadoras de salud, derivadas de la prestación del servicio público de salud?

Palabras Clave:

Sistema de salud colombiano, legislación en salud, inspección-vigilancia y control, Entidad promotora de salud

¹ Abogado, Especialista en contratación estatal, Magíster en Derecho. Asesor y litigante, dairo347@hotmail.com

Abstract

Detect the essential problems of the Inspection, Surveillance and Control model, existing today, exercised mainly by the National Superintendency of Health to Health Promoting Entities - HPE, since the implementation of Law 10 January 10, 1990, passing through Law 100 of December 23, 1993, fundamentally reformed and mainly by Law 1122 of January 9, 2007 and by Law 1438 of January 19, 2011, becomes a meticulous task, therefore the investigative problem points to theoretical analysis- of this form of State intervention against the HPE, which seeks the protection and adequate management of the resources of the General System of Social Security in Health, which results in the guarantee to the citizens of the universal principles and the constitutional postulates in matter of opportunity, accessibility and quality, for a full satisfaction of the fundamental right to Health and Social Security. This topic will be developed in a series of articles aimed at studying in depth the question: ¿How does the State incur responsibility for the execution of inspection, surveillance and control tasks to the HPE that have been intervened by the National Superintendence of Health and what have they left unpaid debts in favor of providers and health care institutions, derived from the provision of the public health service?

Keywords:

Colombian health system, Health legislation, Inspection-surveillance and control, Health promoting entity

Introducción:

El actual modelo de Inspección, vigilancia y control (IVC) ejercido por el Estado Colombiano, se materializa en la desconcentración y delegación de funciones que a éste nivel se deposita en Instituciones Estatales y para el concreto caso del sector salud, el órgano rector del mismo recae en el ejecutivo, que en el nivel nacional se representa a través del Ministerio de Salud y Protección Social y en el nivel territorial por las Direcciones o Secretarías de Salud Seccionales (departamentales), Distritales o Municipales (en el caso de aquellos municipios descentralizados y certificados en salud).

La IVC del sector salud, está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, pero no es la única entidad que lo ejerce, ya que en el nivel territorial las Secretarías o Direcciones de Salud, tienen cierta competencia al respecto, pero allí no se encuentra el interés de esta investigación.

El poder estatal ejercido por la Superintendencia Nacional de Salud tiene una serie de matices que para el caso de esta investigación teórica, se enfoca en la potestad de intervención a diversas entidades del sector salud, específicamente a las Empresas Promotoras de Salud (EPS); intervención que puede ser de dos maneras: una para administrar y otra para liquidar la entidad.

En la actualidad y desde hace unos 5 años aproximadamente, el uso cada vez más frecuente de dicha herramienta por parte del Superintendencia Nacional de Salud, con la pretensión de mejorar el flujo de recursos entre los actores del SGSSS, no ha dado los resultados esperados, pues cada día se informa de la quiebra de Hospitales Públicos y de violaciones a los derechos fundamentales de los colombianos que deben ser protegidos mediante la acción de tutela.

Casos de importante recordación como los ocurridos con la sonada intervención de la Secretaría de Salud del Chocó, el Hospital San Francisco de Asís, son el resultado, en gran medida, de las dificultades en el flujo de dineros del sistema, por el no pago de las EPS a las instituciones prestadoras de servicios (IPS).

Teniendo en cuenta lo anterior el objetivo de este estudio fue: Analizar la responsabilidad del Estado colombiano por la ineficiencia en el control y vigilancia en el pago de acreencias de las entidades promotoras de salud. Este estudio se desarrolló a través de tres fases, en este artículo se presentan los resultados de la

primera que consiste en el análisis histórico del derecho a la salud en Colombia, a partir de la Constitución Política (CP) de 1991.

Desarrollo del tema:

El ser humano ostenta necesidades esenciales conforme a lo que la subsistencia advierte como primordial. En este grupo de necesidades se encuentra la salud pública, definida por la Organización Mundial de la Salud, como “el completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, derecho desarrollado en la presente investigación de conformidad con el marco jurídico colombiano.

1. El servicio público de la salud:

Se debe comprender que el derecho a la salud guarda íntima relación con el servicio público, puesto que, sin esta prestación, ninguna disposición normativa sería útil para materializar la atención médica. Paralelamente, el Estado será igualmente responsable por los asuntos llevados a cabo en el ejercicio de la profesión.

Los servicios públicos corresponden a actividades que satisfacen necesidades de carácter general, permanente y continuo, para un amplio sector de la sociedad y se asocian a la calidad de vida de los ciudadanos y a su desarrollo económico y social, en consecuencia, deben estar sometidos a la dirección, regulación y control del Estado y, en general, a un régimen jurídico especial (Atehortúa, 2006).

En este sentido, la teoría de los servicios públicos comprende el asistencialismo estatal propio del Estado Social de Derecho, o lo que también se ha denominado el Estado de bienestar, como forma de armonizar a la sociedad con el Estado, donde los fines de este, estén orientados a la satisfacción de exigencias fundamentales del conglomerado social, es decir, el interés general. Adicionalmente, más allá de asistencialismo estatal, orientado al bienestar de los habitantes, los servicios públicos responden al concepto de solidaridad, termino inherente a los estados democráticos de derecho. La solidaridad se mantiene y renueva en el sector de los servicios y es la garante del crecimiento permanente en su cobertura, con el fin atender a la totalidad de la población y al mismo tiempo incorporar las nuevas tecnologías que permitan brindar al ciudadano el mayor grado posible de bienestar (Atehortúa, 2006).

Otro principio desarrollado en el servicio de salud, que se encuentra en la Ley 100 de 1993 artículo 153, es la “continuidad” y consiste en que “toda persona que habiendo ingresado al SGSSS tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”.

Dicho principio hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud quienes deben facilitar su acceso con los servicios de promoción, protección y recuperación, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En el escenario de constitucionalismo en que se desarrollan los servicios públicos, se debe entender que estos materializan derechos sociales y por tanto, requieren un carácter prestacional o asistencial, donde su principal característica “es la de que no son simples posibilidades de acción individual, sino que en el marco social es la condición de acreedor de ciertos bienes que imponen además una carga u obligación al Estado” (Sentencia T-08, Corte Constitucional, M.P Fabio Morón Díaz).

Por lo expuesto hasta el momento, es necesario resaltar que el derecho en cuestión y su concepción dual como servicio público, se encuentra establecido en el artículo 49 constitucional, la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control (Constitución Política, 1991).

En vista de la prestación del servicio, existe la necesidad de brindar una atención oportuna, y constituye un deber para las EPS y el Estado es responsable de garantizar que las entidades de previsión social estén dispuestas, a en todo momento, brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios.

El artículo 366 afirma que “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado”. A su vez, la Corte Constitucional manifiesta que estos servicios deben regirse por los principios de

eficiencia y universalidad, los cuales debe garantizar el Estado. “La universalidad exige la prestación de los servicios públicos, aun cuando ello suponga una mayor carga en cabeza de quienes cumplen dicha función”; según el Tribunal Constitucional en la Sentencia C-353 de 2006, este principio se encuentra relacionado con el de solidaridad.

Si bien la atención de salud es un servicio público a cargo del Estado, al cual corresponde hacer efectiva la garantía que conforme la Constitución tienen todas las personas para acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, este debe desplegar una intensa actividad de dirección, regulación y control conforme a los lineamientos normativos y jurídicos disponibles no solo en razón a su deber de proteger derechos e intereses vinculados a la esfera social, sino para evitar compromisos adicionales con la justicia en caso de vulnerar la tutela de los derechos fundamentales.

2. Revisión del Derecho a la salud al momento de la expedición de la Constitución Política de 1991 y su desarrollo posterior:

Sobre la noción y conceptualización del derecho a la salud, se ha analizado de manera sistemática o detallada los factores elementales para conseguir su materialización, en caso de comprender y aplicar correctamente su contenido. Así, luego de identificar la legislación emitida sobre la temática, corresponde presentar los fundamentos normativos que atienden a este requerimiento básico de la población para vivir de manera digna.

Primero se debe traer a colación el soporte normativo por excelencia, la CP de 1991, donde se considera que el derecho a la salud es prevalente de cualquier otro, tanto administrativa como financieramente.

La Carta Magna destaca la configuración del derecho a la salud a través de su denominación como derecho fundamental, lo que representa un deber de garantía por parte del Estado a todos los habitantes por igual, debido al carácter inherente, inseparable e innato hacia el individuo, concepción expuesta por la Corte Constitucional en la Sentencia T-361 de 2014 así, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos

vulnerados. (Sentencia T-361, Corte Constitucional, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

En relación con la faceta preventiva, se garantiza el derecho a la salud cuando se hace todo lo necesario para evitar que las personas incurran en situaciones de riesgo que perjudiquen su salud integral. Se atienden distintos aspectos con la idea de prevenir dolencias y enfermedades y con el propósito de prolongar la vida, así como de obtener un beneficio para las personas desde el punto de vista físico, psíquico, social y emocional. (Sentencia T-016, Corte Constitucional, M.P Humberto Antonio Sierra Porto).

Análogamente, el mínimo vital es aledaño a la vida y salud para alcanzar un buen desempeño físico y social en condiciones normales, comprende “un elemento cuantitativo de simple subsistencia, también cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad” (Sentencia T-391, 2004) garantizando la permanencia de un nivel de vida en el que se incluyan, los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante, su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano.

La noción planteada como mandato general para la jurisprudencia, advierte la indiscutible garantía del derecho a la vida digna y el mínimo vital una vez se proporcionan satisfactoriamente servicios vinculados como el saneamiento básico, el agua potable y la alimentación adecuada, dando paso a la realización efectiva de los fines estatales frente a la población civil.

Descrito el alcance del derecho a la salud en la CP, cabe resaltar que el legislador dispone un mecanismo proporcional a la importancia de garantizar la salud, consagrado en el artículo 86 constitucional y denominado la acción de tutela, se puede afirmar que la tutela consagrada como mecanismo de protección de derechos fundamentales se ha convertido, en relación con el derecho a la salud, en un instrumento con una doble finalidad: por un lado como mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuando como consecuencia de la no protección del derecho a la salud, se afecte o lesione el derecho a la vida u otro tipo de derechos de contenido fundamental, como lo es también la garantía del mínimo vital, pero

también con una segunda finalidad, como un proceso alterno que deben utilizar los usuarios para acceder a servicios de salud y más concretamente a la atención médica a través de la cual se hace efectivo el derecho (Vélez, 2005. P. 2).

En este sentido es posible apreciar que constitucionalmente la tutela refleja su utilidad en exigir el cumplimiento de los derechos, como un instrumento de garantía para el acceso al servicio. Obedece a este criterio la posibilidad de ser amparados como derecho fundamental o derecho subjetivo, con carácter de “aplicación inmediata y la esencialidad del derecho para la persona, de manera autónoma” (Sentencia T-760, Corte Constitucional, M. P Manuel José Cepeda Espinosa, 2008).

Así mismo, continuando con el análisis, desde el bloque de constitucionalidad abordado en la sentencia T-121 de 2018 invocando como fundamento el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tendiente a proteger la salud por medio de la atención jurídica, legislativa y material, la Corte manifestó que, implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo (Sentencia T-121, Corte Constitucional, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2018).

Rectificando la importancia y trascendencia del derecho a la salud, puede atribuirse una relación con los derechos humanos, consistente en materializar el principio de universalidad, tal y como lo indica la siguiente cita: “El derecho a la salud también está inspirado en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos donde la salud se garantiza preservándose por medidas sanitarias y por estrategias que resuelvan el acceso a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica para fortalecer la dinámica de los recursos públicos y los de la comunidad” (Rocha, 2012. P. 75).

En segunda medida, un soporte doctrinal aportado por el Rodolfo Arango en su libro “El concepto de derechos sociales fundamentales”, estos pueden catalogarse como derechos subjetivos, pues consisten en una “facultad reconocida al individuo para que exija de sus congéneres un comportamiento determinado” (Hilda, 2008) presuponiendo que la colectividad, titular del derecho, no sea expuesta a la desatención de un servicio público fundamental.

El libro menciona que los derechos sociales tienen tres elementos principales, el primero de ellos es la titularidad individual por dirigirse necesariamente a una

persona que estaría frente a la vulneración del derecho en caso de negar las prestaciones. Así mismo, es posible que se configuren como colectivos debido al “sistema jurídico, que tiende a transformarse en un interés jurídicamente reconocido y, en este sentido, justificado. Pero, un tal interés justificado no es otra cosa que algo cuya persecución está ordenada prima facie” (Alexy, 2012).

El segundo refiere la obligatoriedad por tratarse del sistema positivizado que consta de garantías exigibles por violación a los preceptos normativos, acudiendo al mecanismo administrativo o judicial que imponga el cumplimiento prestacional, toda vez que los usuarios aportan el dinero correspondiente a las EPS.

Para concluir con las características expresadas por el Dr. Rodolfo, atiende la última precisamente a la prestación del servicio denominados como “fácticos positivos”, pues son estas las encargadas de materializar el objeto del derecho debido a la necesidad que surge de cumplir los preceptos normativos, propiciados para cumplir el fin del Estado de “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos (...)”. A su vez, esta afirmación incurre en unas las obligaciones estatales correspondientes a hacer u abstenerse de adoptar políticas eficaces al momento de garantizar la prestación.

Habría que mencionar también la postura de Paul Hunt, compartida en su informe para el Consejo de Derechos Humanos donde sistematiza algunos presupuestos a consumarse en el sector salud y el sistema regulador, originando la eficacia: (1) El derecho a la salud no se reduce al derecho a acceder a la atención médica, sino que es más amplio e integral, pues si consiste en el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud física, mental y psíquica, entonces los sistemas y las políticas de salud no pueden limitarse a la enfermedad; (2) El sistema de salud debe, en su diseño y funcionamiento, respetar ciertos principios básicos comunes a los derechos humanos, como el deber de transparencia, la participación, la rendición de cuentas, el respeto a las diferencias culturales y a los principios de igualdad y no discriminación (Hunt, 2008).

Desde el punto de vista de Mónica Arbeláez, el derecho a la salud posee tres dimensiones puntuales que integran su desarrollo, en primer lugar, la responsabilidad del poder público en su ejercicio de salvaguardar la integridad física de las personas, segundo, la facultad de proporcionar condiciones idóneas de

prestación sanitaria y por último, a las condiciones preventivas en cualquier área poco concurrente en la salud pública.

En relación con la intervención administrativa, tanto centralizada como descentralizada en el derecho a la salud, la doctrina categoriza el sector desde un enfoque neoliberal-utilitarista que, en términos sucintos, enmarca la condición de garante y responsable ostentada por el Estado cuando se requiera la prestación del servicio.

3. Descentralización por servicios y sus implicaciones a partir de la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993:

En Colombia a partir del Decreto 1421 de 1993, se percibe un acercamiento al concepto de sector centralizado en la estructura administrativa, enfocado hacia el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, que comprende las autoridades superiores del país encargadas de abastecer la prestación de los servicios, aunque resulte ilógico que sea proporcionado únicamente por un solo organismo, y en un ente territorial.

En lo que respecta al sector salud, es competencia de la Nación formular políticas y programas efectivos que una vez ejecutados, den cuenta del desempeño y consumación en el servicio, con mucho más apoyo alterno como planes y proyectos de inversión, a través de las modificaciones financieras y administrativas adecuadas, que permitan la maximización de las coberturas y atención.

Los fines del Estado comprenden la descentralización, que constituye un acercamiento de la autoridad administrativa con el subordinado, donde se radican, delegan o ceden competencias públicas técnicas o especializadas a una persona jurídica, para que, a través de sus características determinadas, participe idóneamente en la conducción de actividades propias de un sector, con el fin de garantizar el derecho a la salud.

Las entidades descentralizadas ostentan ciertas características creadas a partir del concepto otorgado por la Ley 489 de 1998 en su artículo 68 y son tres, la primera que define la actuación directa de las entidades sobre intereses independientes, controlados por una personería jurídica. En segundo lugar, la capacidad de determinación frente a la utilidad de recursos percibidos para ejercer una administración autónoma financieramente y por último, corresponde al patrimonio

independiente de bienes comunes, autorizados por las disposiciones legales en materia, y por la Constitución.

La descentralización debe reunir ciertos requisitos a saber: - Debe haber una distinción entre el conjunto de necesidades que la administración debe suplir; - Debe tener una personalidad Jurídica propia, independencia económica y recursos propios para administrar los asuntos propios de la comunidad. – Los órganos encargados de los asuntos locales deben emanar de la colectividad y no del Estado; existen dos modalidades de descentralización, la Territorial y Por Servicios, la territorial se expresa en las entidades territoriales y permite los niveles de estado, nivel nacional y nivel territorial (Usta P. 2012, p.13).

El artículo 38 de la misma ley determina cuáles serán las entidades descentralizadas, “establecimientos públicos; empresas industriales y comerciales del Estado; superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica; empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” encargadas de ejercer facultades administrativas presupuestales y tributarias, recaudación indispensable al materializar funciones prestacionales.

En relación con el derecho a la salud, es a partir de la Ley 10 de 1990 y luego la Ley 715 de 2001 que descentraliza la prestación del servicio a través del Sistema de Salud, con el fin de regular las funciones y servicios de la salud pública por parte de las entidades a cargo de alcaldes y su administración bajo la supervisión nacional. Es decir, se entrega competencia a los municipios para construir y mantener en condiciones adecuadas los centros de salud y hospitales locales.

Los municipios bajo ley 715 de 2001 deben dirigir y coordinar el sector y administrar los recursos en su jurisdicción a través de la formulación, ejecución y evaluación de planes, programas y proyectos de salud en consonancia con las políticas departamentales y nacionales; gestionar el recaudo, flujo y ejecución de los recursos con destinación para salud del municipio y administrar los recursos del Fondo Local de Salud; financiar la afiliación al Régimen Subsidiado de los más pobres y ejecutar de manera eficiente los recursos destinados para este objetivo; y promover la afiliación al Régimen Contributivo en su localidad. (Rodríguez J, 2002, p.15- 16)

La función del Alcalde de acuerdo con el artículo 315 de la CP es cumplir la Constitución, la ley o Decretos y en segundo lugar, dirigir la acción administrativa, asegurando el cumplimiento de la prestación de los servicios a su cargo, nombrando o removiendo funcionarios bajo su dependencia que no refieran compromiso con las disposiciones a cumplir para garantizar los derechos de la salud.

Hacia 1993 establece el gobierno la posibilidad de dar un manejo privado a los hospitales con iguales características de autonomía financiera y personería jurídica que los públicos, creando una estrategia productiva frente a la descentralización y la prestación del servicio de salud y permitir mayor amplitud en ambientes de competencia delegados a las EPS. Es entonces cuando se observa que las condiciones legales están dadas para que los municipios puedan construir normatividad, obras o participación social que facilite la prestación de los servicios públicos, dependiendo del buen funcionamiento de la descentralización para contribuir con el mejoramiento social, cumpliendo con lo asignado por la constitución y la legislación en general.

La Superintendencia Nacional de Salud:

Dicho lo anterior, con el transcurrir de los años se alcanzan diferentes avances en materia de salud, debido el amplio espectro normativo, conceptual y sistemático de los organismos creados para la garantía de la salud, y sus funciones dadas a reconocer un acercamiento práctico sobre el tema. Es por esto por lo que hablar de salud, remite inmediatamente a su órgano de control, la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud).

El sector centralizado en el servicio de salud es el Ministerio de Salud, quien desarrolla sus preceptos bajo la integración y consolidación de la prestación, mientras que en el sector descentralizado se encuentra la Supersalud, conceptualizada como la “entidad encargada de hacer que se cumplan las normas del sistema de salud y de esta manera proteger los derechos que tienen los ciudadanos respecto a su atención en salud”, a través de promoción y control anual de las actividades desarrolladas por las entidades de salud, quienes a su vez, deben estar dando cumplimiento a los proyectos establecidos desde la administración principal.

Para el ejercicio de la rectoría, el Ministerio de Salud se articula con el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud y los departamentos y municipios deben

crear organismos con funciones similares llamados Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud. A su turno, la Supersalud ejerce funciones de IVC tanto sobre los organismos de dirección, así como sobre la prestación de servicios. (Jaramillo, P. 71).

Algunos de los objetivos que tiene la Supersalud a su cargo, son: (1) Consolidar la Supersalud como un organismo técnico, rector del sistema de vigilancia, inspección y control; (2) Consolidar la Supersalud como un organismo técnico, rector del sistema de vigilancia, inspección y control; (3) Promover la IVC del aseguramiento en salud; (4) Fortalecer a través de mecanismos de IVC la oportunidad en la generación y flujo de los recursos del SGSSS y los regímenes especiales y exceptuados; (5) Promover y fortalecer la participación ciudadana para la defensa de los derechos de los usuarios del sector salud (6) Adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa aplicando mecanismos de seguimiento a los agentes interventores, liquidadores y controladores y realizar IVC a las liquidaciones voluntarias con el fin de proteger los derechos de los afiliados y recursos del sector salud; (7) Proteger los derechos y reconocer las obligaciones y deberes de los distintos actores participantes en el sector salud, a través de las funciones jurisdiccionales y de conciliación (8) Fortalecer la capacidad institucional de la Superintendencia Nacional de Salud. (Supersalud, 2010).

Lo anteriormente citado tiene el fin de observar que independientemente de la trascendencia conceptual de la Superintendencia, la finalidad se orienta a partir de las necesidades aquejadas por la población. En ese sentido, es necesario precisar que hacia el año 1977 era denominada como Superintendencia de Seguros de Salud, debido al “estricto control y una eficiente vigilancia de la administración de los servicios y prestaciones de la salud correspondientes a los Seguros Sociales Obligatorios” (Decreto 1650, 1977. Artículo 94), de manera que el acceso a los servicios de alta calidad dependía de calidades preferenciales o del seguro de salud.

Abordar este tema haciendo énfasis en normatividad anterior a la Constitución de 1991, permite inferir no solo la reorganización de funciones por parte de la Superintendencia sino en los elementos que pretenden ser garantizados y su finalidad enfocada a la población, sujetos receptores de estos preceptos.

Con la intención de responder a los problemas de inequidad, ineficiencia y a la pobreza de los servicios de salud, y en particular para desarrollar el mandato constitucional de 1991 que considera la salud como un derecho público esencial y

obliga al Estado a buscar la universalidad, la eficiencia y la solidaridad en la Seguridad Social, los gobiernos de Colombia han venido desarrollando diversas reformas al sector de la Salud y de La Seguridad Social en Salud, las cuales a la postre obligaron a redefinir el papel del Ministerio de Salud como entidad reguladora central y a la Supersalud como una agencia autónoma de IVC (Jaramillo, P 68).

De esta manera, el Decreto 2165 de 1992 inicia con la subordinación al artículo 20 transitorio de la Constitución en el cual, se reestructura la Supersalud y se establece como objetivo de la entidad la de ser una autoridad técnica de IVC, en relación con el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias a que están sujetas las entidades que prestan servicios de salud (...) así como, en la eficiencia en la aplicación, en la obtención y aplicación de los recursos, y en la liquidación, recaudo, giro, cobro y utilización de los recursos fiscales (...) (Supersalud, 2010). Permite evidenciar esta regulación, un cambio en la finalidad y alcance al manifestar la importancia del cumplimiento normativo frente a la prestación de los servicios, por medio de la obtención e inversión de los recursos en cabeza de las entidades públicas. Para resaltar distinto a lo que se ha mencionado, una estrategia proporcionada por la Superintendencia, para entonces, consistía en el recaudo de impuestos a empresas o fábricas de licores concesionarias de licores, con destino a la prestación de servicios de salud.

El Decreto 1018 de 2007 modifica la estructura de la Ley 1122 y fortalece la entidad en el entendido que da prevalencia a la protección de los derechos individuales, en especial por el acceso al servicio sin poner por encima estándares económicos puesto que se pretende el aseguramiento del derecho a la salud con fases de promoción, prevención y tratamiento adecuado. Esto fue fortalecido en el mismo año por el Decreto 2462 al centralizar acciones para la “protección al usuario”. Dentro de este contexto corresponde a la Supersalud autorizar el Funcionamiento de las EPS y vigilar su funcionamiento. Esta entidad controla especialmente la calidad en la atención, el respeto a los derechos de los usuarios, el cumplimiento estricto de las obligaciones de los financiadores y del pago oportuno a los prestadores de servicios (Jaramillo, P.72).

Al tenor de lo dispuesto en la Ley 1438 de 2011 artículo 128, corresponde a la Supersalud la facultad de ejercer sanciones en concordancia con el artículo 29 constitucional, incluyendo también el ejercicio de defensa adelantados contra sus funciones.

Para finalizar, respecto al Decreto 2463 de 2013, modifica la estructura de la entidad en cuanto al Superintendente en la medida que “previo estudio de la Oficina Asesora de Planeación creará grupos internos de trabajo en el territorio nacional determinando su sede y jurisdicción para el desarrollo de planes, programas y proyectos institucionales, atendiendo la racionalización de recursos y necesidades del servicio” (Salamanca, 2014) de manera que también responde por la Oficina asesora de Planeación, Información y Evaluación Sectorial, y la Oficina de Control Interno.

El papel de la Superintendencia frente a las EPS

Se parte del reconocimiento del desarrollo planteado de la investigación, para concluir manifestando que las actuaciones desarrolladas por las EPS por encontrarse en el sector descentralizado y atender servicios públicos fundamentales para la subsistencia, deberán llevar un seguimiento racional de la misma naturaleza por una entidad de la misma índole y es la Supersalud.

Corresponde a la Supersalud dar posesión a los revisores fiscales de cada hospital que son quienes ejercen el control financiero primario; adicionalmente los hospitales tienen oficinas de control y auditoria de la calidad que complementan el control global de estas entidades autónomas. No obstante, estos funcionarios de control interno reportan periódicamente sus evaluaciones a la Superintendencia y esta a su turno hace inspecciones selectivas sobre su funcionamiento (Jaramillo, P 73.).

Este postulado en razón a que el servicio público de salud y la prestación del servicio funcionan bajo esquemas financieros altos, requiere reglas que regulen el direccionamiento de los recursos y dineros públicos, cuando los afiliados gocen de la atención médica para que, a través de ellos, se puedan cubrir las obligaciones requeridas.

No solo respecto al beneficiario del derecho a la salud se aplica esta normatividad, en la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el SGSSS, en su artículo 126, reza el control ostentado por la Supersalud para reconocer el pago de prestaciones económicas por parte de las EPS o empleador a los empleados, impidiendo entonces en concordancia con el Artículo 68 de la Ley 715 de 2001, los monopolios rentísticos o explotación a través de la intervención forzosa para liquidar

entidades que incumplan con el sector salud, o direccionando esta materia para evitar vulneración a los derechos y servicios médicos.

Corresponde a una garantía conducente para los recursos públicos, la prestación del servicio y el derecho a la salud, que la Superintendencia de manera estricta exija el pago de las funciones desempeñadas por el cuerpo médico que asegura la subsistencia de la población. Tienen permitido entonces, establecer imposiciones de multa en los términos previstos por la Circular 005 de 2017 a las entidades que, por medio de sus actuaciones inequívocas con el fin de asegurar el acceso real a una red de instituciones garantes de la vida digna, y la prestación del servicio profesional, técnico o científico en aras de que el sector salud se desarrolle con calidad y eficacia.

Funciones de Inspección, Vigilancia y Control a la salud a cargo del Estado:

Una vez abordadas algunas características pertinentes sobre la Supersalud, se debe precisar que sus funciones están contenidas en el Decreto 2462 de 2013 correspondientes a la IVC que hace referencia a: La función administrativa de “inspección” comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad; la “vigilancia” por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige y finalmente, el “control” permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo. (Radicado 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223), Consejo de Estado. C .P: William Zambrano Cetina, 2015)

Cabe aclarar en este punto que las exigencias previstas sobre la IVC también se encuentran subordinadas por las asignaciones y parámetros establecidos por el legislador, es decir, que las funciones serán guiadas a la administración de los riesgos previstos en el SGSSS, así como la correcta destinación de los recursos administrados en el sector de salud, permitiendo observar la eficiencia de la administración.

En relación con el SGSSS, deberá la Superintendencia inspeccionar, vigilar y controlar que, así como se disponen los elementos necesarios para la atención médica, estos deben ser complementados con “la información de calidad, cobertura,

pertinencia, oportunidad, fluidez y transparencia” (Decreto 2462, 2013) fortaleciendo así un Sistema Integral de Salud.

Determinado por la Sentencia C-520, este mecanismo utilizado por el gobierno fue creado con el fin de detectar irregularidades en la prestación de los servicios desarrollados por el sector descentralizado del país y adoptar sanciones en caso del incumplimiento de los preceptos ideales para garantizar el derecho a la salud. Adicionalmente le fueron otorgadas facultades jurisdiccionales y conciliatorias cuando los usuarios lo requieran (Sentencia C-520, Corte Constitucional, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2012).

Cuando se trata del servicio público de salud, la intervención estatal aumenta de acuerdo con los postulados del Estado Social de Derecho y tiene como fundamento constitucional, no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica (CP arts. 150 ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49)."

Señala la sentencia C-617 de 2002 respecto de las funciones de inspección y vigilancia en cabeza del Estado y su delegación en particulares, que: Para la Corte no hay duda de que resultan inconstitucionales las normas legales que permitan a los particulares ejercer las funciones de IVC de la prestación de los servicios públicos, por ser asuntos cuya competencia está en cabeza del Presidente de la República. Es decir, existe reserva constitucional en el Presidente para el ejercicio de estas funciones. Tratándose de los servicios públicos en salud y educación, la Constitución señala en los numerales 21 y 22 del artículo 189, que corresponde al Presidente de la República Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley y Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos". Competencia exclusiva, en cabeza de las autoridades y no de particulares. (Sentencia C-617, Corte Constitucional, M.P Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño. 2012).

El Estado cuenta con una normativa, planes y programas que propician el crecimiento y desarrollo del país en el tema de los servicios públicos. Pero es

importante que tanto el Estado, como los organismos de control, los prestadores del servicio y la comunidad velen porque se implementen de manera efectiva todas estas políticas y se genere un verdadero crecimiento en el tema del acceso y calidad de los servicios públicos, que permita mejorar el bienestar y salud para los ciudadanos.

La IVC que ejerce la Supersalud, se dirige a asegurar la prestación oportuna, permanente y eficiente del servicio de seguridad social en salud y a lograr que los recursos destinados a su financiación se utilicen exclusivamente para tales fines, en el marco del inciso quinto del artículo 48 superior que señala: "No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella", y en este marco, se desarrolla la competencia de la Supersalud y los temas abordados en esta investigación.

Conclusión:

Teniendo en cuenta el estudio normativo realizado se puede concluir que el sector salud analizado desde una cobertura nacional junto a la prestación de su servicio, hacen parte de otra cuestión quebrantada por el Sistema que ha conducido a un menoscabo en la garantía de protección de derechos fundamentales. Durante el desarrollo de este trabajo se ha dejado en evidencia que esta situación ocurre por la ineficiente gestión gubernamental e incluso el mal actuar de los servidores públicos, debido a que sin importar el rango jerárquico en el que se encuentren, incumplen consecutivamente, con dolo o culpa gravísima en casos concretos, no solo las disposiciones legales en materia de salud correspondientes al pilar normativo de obligatorio cumplimiento ya sean de carácter constitucional o legal, sino el compromiso social y servicio adecuado u oportuno con los ciudadanos, ya que gran parte de la satisfacción individual de los usuarios depende por factores de atención idónea y servicial.

Referencias Bibliográficas:

Alexy, R. (2012). La construcción de los derechos fundamentales. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Atehortúa, C. (2006). Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991). Artículo 2 [Título I]. Trigésima tercera edición. Ed. Leyer.

Hilda. (2008). Los Derechos subjetivos. La guía, 1.

Hunt, P. (2008). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Págs. 57-73.

Jaramillo, I. La Superintendencia Nacional de Salud, la Descentralización y la reforma de la Seguridad Social en Salud en Colombia.

Radicado 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223) (Consejo de Estado, 16 de abril de 2015).

Rocha, A. 2012. Derecho a la salud en Colombia. La utopía anunciada. Pasto-Nariño: Universidad Cooperativa de Colombia.

Rodríguez J, (2002) Características instituciones y gobernabilidad en municipios pequeños de Colombia Banco Interamericano de Desarrollo –BID, recuperado de <http://www.cielo.org>

Salamanca, J. (2014). La descentralización del servicio de salud en los municipios de Colombia. Bogotá.

Sentencia C-520 (Corte Constitucional, 18 de julio de 2012).

Sentencia C-617 (Corte Constitucional, 08 de agosto de 2012).

Sentencia T-121 (Corte Constitucional, 26 de marzo de 2015).

Sentencia T-016 (Corte Constitucional, 22 de enero de 2007).

Sentencia T-08 (Corte Constitucional, 1992).

Sentencia T-361 (Corte Constitucional, 10 de junio de 2014).

Sentencia T-391 (Corte Constitucional, 29 de abril de 2004).



Sentencia T-760 (Corte Constitucional, 31 de julio de 2008).

SuperSalud. Por vulnerar los derechos en salud de los usuarios, la Supersalud sancionó al departamento de San Andrés y a la IPS Universitaria de Antioquia. Comunicado de Prensa, núm. 29 2018.

Usta P., (2.012) Revista de Derecho Público Nro..28,.2012, recuperado de la página de internet: <http://www.leyex.info/magazines/EditorialDerPubNo28.pdf>

Vélez, A. (2005). La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud? Vol. 36 N° 3.