

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Competencia para expedir normas relacionadas con funciones administrativas de los recursos del FOSYGA / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Competencia. Instrucciones para el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional

Al examinar la Circular demandada, se advierte de sus antecedentes y considerandos, que la Superintendencia Nacional de Salud, dentro de sus facultades, mediante el acto acusado está dando instrucciones a las entidades sobre las cuales ejerce inspección, vigilancia y control, para que cumplan con lo dispuesto por las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, en aras de garantizar el goce efectivo de los servicios de salud. En efecto, la Superintendencia Nacional de Salud tiene asignada la función de inspección, vigilancia y control con el objeto de asegurar: la eficiencia en la utilización de los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias por parte de las entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras de salud, las entidades territoriales y otros actores del Sistema (...) Lo anterior indica que la Superintendencia Nacional de Salud, si tenía competencia para expedir una instrucción a un grupo de sus vigiladas, para que se cumpla con un precepto legal de conformidad con lo indicado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y en general con el cumplimiento de las sentencias, lo cual explica en sus considerandos. No pretendió la entidad crear o regular una norma ni emitir una regulación que implique destinación de los recursos del FOSYGA lo cual es competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en virtud del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, como ya lo ha expresado la Sala en la Jurisprudencia antes reseñada.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del Pos / MEDICAMENTOS NO POS – Responsabilidad de su pago. Diferencia entre falta trámite ante el respectivo Comité Técnico Científico y no autorización por parte de este / CIRCULAR 051 DE 2008 – Nulidad del numeral 18 del artículo 2 por establecer que las EPS y EOC asumen el pago del 50% de los servicios, procedimientos, intervenciones y suministro de medicamentos no POS, cuando los mismos no sean autorizados por el Comité Técnico Científico y sean ordenados por tutela

Para la Sala le asiste razón a la actora y, por ende, habrá de accederse a sus pretensiones. En efecto, de conformidad con el artículo 14, literal j), de la Ley 1122 de 2007, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias C-316 de 9 de abril de 2008 y C-463 de 14 de mayo de 2008, y las Resoluciones núms. 3099 y 3754 de 2008, quienes deben asumir el 50% del valor de los servicios, procedimientos y suministro de medicamentos no POS, de que trata el acto acusado, son las EPS y EOC que no estudiaron oportunamente las solicitudes ni las tramitaron ante el respectivo Comité Técnico-Científico y sean ordenados por tutela, es decir, que no actuaron diligentemente, en condiciones de oportunidad, calidad e integralidad, y no las que sí tramitaron las solicitudes pero que fueron negadas, o lo que es lo mismo, no fueron autorizadas por el Comité Técnico-Científico, pues en este caso, el artículo 26 de la Resolución núm. 3099 de 19 de agosto de 2008 dispuso que el recobro o valor a reconocer es el total de lo facturado menos los descuentos mencionados en la norma, la que fue modificada por el artículo 9º de la Resolución núm. 3754 de 2 de octubre de 2008, que ordenó reconocer solo el 85% de lo facturado. Luego la disposición acusada, al establecer que las EPS y EOC asumen el pago del 50% de los servicios médicos cuando no sean autorizados por el Comité Técnico Científico y sean

ordenados por tutela, violó las normas superiores mencionadas, porque se entiende, según su texto, que la solicitud se hizo y se analizó, pero se obtuvo respuesta negativa, es decir, no fueron autorizados, pues en este caso se reconoce una suma superior (85%), conforme ya se observó. En otras palabras, el reintegro de solo el 50% del servicio médico que consagra el acto acusado, no debió referirse a las EPS y EOC que debidamente tramitaron la solicitud, así la hubieran negado y ordenado por fallo de tutela, porque a éstas les corresponde un recobro del 85%, es decir, una suma superior a la que se refiere el acto acusado.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 171 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 172 / LEY 1122 DE 2007 – ARTICULO 14 / LEY 1122 DE 2007 – ARTICULO 35 / DECRETO 1018 DE 2007 – ARTICULO 6 / RESOLUCION 3099 DE 2008 – ARTICULO 26 / Resolución 3754 de 2008 – ARTICULO 9 /

NORMA DEMANDADA: CIRCULAR EXTERNA 051 DE 2008 (17 de octubre) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD ARTICULO 2 NUMERAL 18 (Anulado)

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la sentencia Consejo de Estado Sección Primera de 8 de julio de 2010, Rad 2005-00112, CP (E) María Claudia Rojas Lasso y se citan las sentencias de la Corte Constitucional C-316 de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño, C-463 de 2008, MP Jaime Araujo Rentería, T-760 de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-24-000-2009-00033-00

Actor: MARCELA RAMIREZ SARMIENTO

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Decide la Sala en única instancia, la demanda presentada por la ciudadana señora **MARCELA RAMÍREZ SARMIENTO**, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el numeral 18, artículo 2º, de la

Circular externa 051 de 17 de octubre de 2008, suscrita por el Superintendente Nacional de Salud (E).

I.- LA DEMANDA.

I.1- Solicita la actora que se declare la nulidad del numeral 18, del artículo 2º, de la Circular Externa núm. 051 de 17 de octubre de 2008, dirigida por el Superintendente Nacional de Salud (E) a las entidades promotoras de salud del régimen contributivo y subsidiado, instituciones prestadoras de salud de naturaleza privada, pública y mixta, entidades territoriales, Administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA y usuarios de la salud, que adicionó la Circular Externa núm. 047 de 2007, que reunió todas las instrucciones y las solicitudes de información con destino a entidades, sujetos vigilados y usuarios de la Superintendencia Nacional de Salud.

La disposición acusada establece que las entidades promotoras de salud – EPS y las Empresas Obligadas a Compensar – EOC, asumirán la responsabilidad del pago del 50% de los servicios, procedimientos, intervenciones y suministro de los medicamentos no POS, cuando los mismos no sean autorizados por el Comité Técnico Científico y sean ordenados por tutela.

I.2- La actora considera que la disposición acusada viola los artículos 13, 48, 49 y 121 de la Constitución Política; 156, 172, 188, 204 y 218 de la Ley 100 de 1993; y 14 de la Ley 1122 de 2007.

Sustenta las violaciones endilgadas, así:

1. El acto acusado usurpa funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, creado mediante el artículo 171 de la Ley 100 de 1993, adscrito

al Ministerio de la Protección Social, que tiene, entre otras, la facultad de ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA.

Aduce que la administración del FOSYGA tiene como finalidad principal la consecución de los principios básicos del Sistema de Salud, entre ellos la universalidad, la equidad y la eficiencia, orientados a la estabilidad financiera del sistema, lo que hace que su regulación y administración tenga límites claros de competencia.

Que entre los límites que se incorporaron para lograr los fines descritos, está el hecho de que el órgano que administra el FOSYGA, sea un cuerpo colegiado con participación, entre otros, de los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, lo que implica que sus decisiones deben contar con el concepto favorable desde el punto de vista fiscal.

Insiste en que por lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud, no puede por sí misma emitir regulaciones que impliquen la destinación de tales recursos, tal como lo hace al determinar en la disposición atacada, que el FOSYGA no reconocerá la totalidad del valor de los servicios no POS, cuando los mismos hayan sido negados por razones técnico científicas por parte del Comité Técnico-Científico.

2. La expresión demandada atenta contra la viabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud y vulnera los derechos de las EPS's y EOC de conformidad con la sentencia C-316 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, en la cual sostuvo: “para que proceda la medida de que trata la disposición demandada (literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007) se

requiere que se cumplan dos condiciones: 1) que la empresa no hubiera dado trámite oportuno a la solicitud y 2) que resulte obligada a la prestación mediante acción de tutela. Naturalmente, se entiende que el trámite oportuno debe estar consagrado en el reglamento que ordene el estudio expedito de las solicitudes. Si se cumple una de las dos condiciones y la otra no, no habrá lugar a la imposición de la medida consagrada en la norma”.

Que de la precisión que hizo la Corte Constitucional se desprende que la expresión demandada pretende imponer una sanción del 50% de los servicios, procedimientos, intervenciones y suministro de los medicamentos no POS, cuando los mismos no sean autorizados por el Comité Técnico Científico y sean ordenados por tutela, sin tener en cuenta las dos condiciones esgrimidas por dicha Corporación.

Que se debe tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 creó las Entidades Promotoras de Salud, como uno de los sujetos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud a los afiliados, que está compuesto por los servicios debidamente costeados en la Unidad de Pago por Capitación - UPC, que es un pago que el sistema reconoce por cada afiliado y que se establece calculando los riesgos cubiertos y los costos de la prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.

Que dicha UPC, que es reconocida por el FOSYGA a las Entidades Promotoras de Salud, es su principal fuente de financiamiento, es de carácter limitado para garantizar la estabilidad financiera del Sistema, por lo cual no se les puede poner a su cargo servicios de carácter indeterminado e incierto, que desequilibren sus ingresos.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN.

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Superintendencia Nacional de Salud se opone a que se acceda a la pretensión solicitada, por carecer de fundamento legal.

Precisa que la entidad es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, a la cual le corresponde ejercer funciones de inspección, vigilancia y control, en coordinación con las demás autoridades del ramo, en lo que le compete dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, entre ellas, vigilar el cumplimiento de las normas que lo regulan.

Expone que la Ley 1122 de 2007, en su artículo 35, al definir sus funciones, estableció que la inspección es una actividad que sirve para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, su situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a su vigilancia, la cual consiste en la atribución para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender para que se cumplan las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud; que, así mismo, el Decreto 1018 de 2007, en su artículo 6º, prevé que le corresponde emitir instrucciones a los vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan la actividad.

Respecto de los medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud fuera del Plan Obligatorio de Salud, trajo a colación la sentencia C-599 de 1998, en la cual la Corte Constitucional señaló que cualquier sistema debe respetar las disposiciones Constitucionales que consagran derechos fundamentales, que el Legislador debe orientar la regulación del derecho a la seguridad social en salud, conforme a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, y que cualquiera que sea la forma que escoja la Ley para hacer efectivo ese derecho, debe, necesariamente, tender a garantizar que toda la población colombiana, a través de la distribución equitativa de los recursos, tenga acceso a bienes y servicios que satisfagan adecuadamente sus necesidades en materia de salud.

Que el Acuerdo 228 de 2002, por medio del cual el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud actualizó el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, norma vigente cuando se expidió la Circular parcialmente demandada, dispuso que para garantizar el derecho a la vida y a la salud, podrán formularse medicamentos no incluidos en el Manual, previa aprobación del Comité Técnico-Científico, y que si el precio de compra para todo el tratamiento, es menor o igual al precio de los medicamentos que lo reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las entidades obligadas a compensar o ARS, y si lo excede, la diferencia será cubierta por el FOSYGA; que lo anterior indica que las EPS y similares, están facultadas para autorizar medicamentos por fuera del POS.

Señala que la Resolución núm. 3099 de 2008, por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el FOSYGA, dispuso en su artículo 26 que del valor de los medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, no tramitados por el Comité Técnico-Científico, ordenados por fallos de tutela, el valor a reconocer y pagar por el FOSYGA será del 50% del total facturado por el proveedor, y que a la

suma resultante se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que se haya cobrado al afiliado.

Que la norma anterior fue modificada por el artículo 9º de la Resolución núm. 3754 de 2008, que adicionó la disposición en cuanto señaló que cuando por razones médico-científicas el Comité Técnico Científico niega la autorización del medicamento, servicio médico y prestación de salud ordenada por el médico tratante y la EPS y/o EOC es obligada a la prestación por fallo de tutela, el valor a pagar será del 85% del facturado por el proveedor, siempre y cuando la negación se consigne en acta y las razones científicas hubieran sido expuestas al Juez de tutela.

Explica que al tenor del artículo 4º de la Resolución núm. 3099 de 2008, corresponde al Comité Técnico Científico autorizar medicamentos fuera del POS, debiendo justificar la decisión.

Trae a colación Jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre ellas, la C-316 de 2008, en la declaró exequible la expresión *“Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga”*, del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Y la sentencia C-463 de 2008, por medio de la cual la Corporación nuevamente se refirió al literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, señalando que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar ante las EPS solicitudes de atención en salud por servicios no incluidos en el POS y que *“en el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del*

médico tratante para los usuarios del régimen contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el FOSYGA. En el caso del régimen subsidiado esta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 de 2001”.

Del pronunciamiento anterior, la entidad demandada concluye que la norma acusada no es una sanción, **sino que se trata de una concurrencia de pago, cuando la EPS no estudie ni tramite oportunamente las solicitudes ante el Comité**, que fue precisamente la instrucción que impartió la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la disposición acusada, que lo que hace es dar una instrucción a un grupo particular de sus vigilados para que se cumpla con un precepto indicado por el Ministerio de la Protección Social y la Jurisprudencia.

Que entonces no excedió su competencia, porque fue precisamente la Resolución núm. 3099 de 2008, uno de los fundamentos legales que le sirvieron para la expedición del numeral 18, artículo 2ª, de la Circular Externa 051 de 2008, por lo que lo único que pretende es instruir a las entidades promotoras de salud sobre la responsabilidad que les asiste si permiten que los servicios, procedimientos, intervenciones y suministro de medicamentos NO POS **que no sean autorizados** por el Comité Técnico Científico, lo sean por fallos de tutela.

Que bajo el entendido de la presunción de legalidad de la Resolución núm. 3099 de 2008, se expidió la disposición acusada, que goza de la misma presunción.

Finalmente, propone las excepciones denominadas: “legalidad de la actuación – Inexistencia de causal que afecte la validez de los actos demandados”, y de inepta demanda, porque la actora no hace un juicio preciso sobre las razones por las cuales se vulneran cada una de las normas que dice fueron violadas.

III.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo, manifiesta que no encuentra la violación de los artículos 121 de la Constitución Política, 172 de la Ley 100 de 1993 ni del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 normas sobre las cuales la actora sustentó los cargos formulados, por lo que no se desvirtuó la presunción de legalidad.

Trae a colación Jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de disposiciones expedidas por el Ministerio de la Protección Social, por falta de competencia en materia de funciones administrativas de los recursos del FOSYGA, por estar su manejo reservado al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS, por virtud del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, y también porque las normas introducían un desequilibrio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Que, sin embargo, posteriormente, la Ley 1122 de 2007, en su artículo 14, literal j), sobre el cual se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-316 de 2008, señaló la obligación de las EPS de establecer procedimientos ágiles para el estudio de las solicitudes de medicamentos no POS, de tal manera que si no lo hace y resulta obligada por un fallo de tutela, solo tendrá derecho al cobro del 50% del valor del medicamento; que posteriormente la misma Corporación extendió la aplicación de dicha disposición a todos los servicios médicos ordenados por el

médico tratante no incluidos en el POS de cualquier régimen de seguridad social en salud vigente.

Concluye que se evidencia que el numeral 18 del artículo 2º de la Circular Externa núm. 051 de 17 de octubre de 2008, corresponde a la interpretación y alcance que la Corte Constitucional ha dado al artículo 14, literal j) de la Ley 1122 de 2007, por lo cual no encuentra violación a las normas que la actora considera infringidas.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Circular Externa núm. 051 de 2008, parcialmente acusada, en lo pertinente reza:

“CIRCULAR EXTERNA No. 051 (17 de Octubre de 2008)

PARA: ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO, INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD DE NATURALEZA PRIVADA, PÚBLICA Y MIXTA, ENTIDADES TERRITORIALES, ADMINISTRADOR DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA – FOSYGA- Y USUARIOS DE LA SALUD.

DE: SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD (E)

ASUNTO: ADICIÓN DEL CAPÍTULO VIII INSTRUCCIONES CUMPLIMIENTO SENTENCIAS EN EL TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES DE LA CIRCULAR EXTERNA No. 047 (CIRCULAR ÚNICA)

1. Antecedentes. La Superintendencia Nacional de Salud, expidió la Circular Única (Circular Externa No. 047 de 2007), acto administrativo en el cual se reunió en un solo cuerpo normativo todas las instrucciones y las solicitudes de información con destino a las entidades, sujetos vigilados y usuarios de la Superintendencia Nacional de Salud.

Toda vez que la Corte Constitucional en varias de sus sentencias tanto de unificación¹, constitucionalidad como de revisión de tutela y específicamente en la sentencia T- 760 de 2008 efectuó la revisión de varios temas y determinó impartir instrucciones a los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en salud incluida la

¹ Se refiere a las sentencias C-136 de 9 de abril y C-463 de 14 de mayo, ambas de 2008.

Superintendencia Nacional de Salud, a las cuales cada uno de ellos debe darle obligatorio cumplimiento de conformidad con las competencias, responsabilidades y funciones asignadas, con el fin de garantizar el cumplimiento de las ordenes establecidas. (Resaltado fuera de texto)

En consecuencia, con el propósito de dar estricto cumplimiento a las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, en especial lo señalado en la sentencia T-760, dentro del ámbito del ejercicio de las competencias de inspección, vigilancia y control que le corresponden a esta entidad, ha determinado necesario establecer en forma expresa las medidas e instrucciones que deben cumplir las Entidades Promotoras de Salud que operan el regimen contributivo y subsidiado, las Instituciones Prestadoras de Servicios de cualquier naturaleza, las Entidades Territoriales y el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-, en aras de garantizar el goce efectivo de los derechos de la salud de la población afiliada y vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2. Modificación

Adiciónese al Título I DISPOSICIONES GENERALES el Capítulo VIII CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS el cual quedará así:

Capítulo VIII CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS

Los actores del sistema desde el ámbito de sus responsabilidades en su condición de aseguradoras, prestadores o administradores deben dar cabal cumplimiento a las sentencias que profieran las autoridades judiciales y en consecuencia adoptar, en forma inmediata, las gestiones administrativas para que se garantice la prestación de los servicios médico-asistenciales, medicamentos, procedimientos e intervenciones que hayan sido ordenados por los Jueces de la República y las demás referidas al reconocimiento y pago de los mismos.

En este sentido, se debe advertir a las entidades destinatarias de la presente circular que las sentencias judiciales, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, son título suficiente para que las autoridades públicas y las instituciones privadas que ejercen funciones públicas adopten las decisiones y adelanten las actuaciones administrativas que permitan el inmediato cumplimiento de las órdenes impartidas en cada una de las providencias, máximo si las mismas establecen la protección al derecho fundamental a la salud y como resultado de las mismas se ordenen los gastos, se autoricen los servicios requeridos; pero que aún sin la necesidad de las mismas los Comités Técnico Científico pueden autorizar la prestación de los servicios, intervenciones, procedimientos, actividades y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en procura de salvaguardar el derecho a la salud de los afiliados.

En consecuencia, y de conformidad con lo señalado en la Sentencia T-760 de 2008 de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional del 31 de Julio de 2008, las entidades vigiladas destinatarias de la presente Circular deben cumplir con las instrucciones que en cada caso señalan con el propósito de proteger el derecho a la salud y concretamente garantizar el acceso efectivo a los medicamentos, insumos, procedimientos, intervenciones y demás servicios que se requieran para la preservación,

mantenimiento y recuperación de la salud que permitan el disfrute de una vida en condiciones dignas.

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO

En cumplimiento de las obligaciones que como aseguradoras le han sido asignadas a las Entidades Promotoras de Salud, los representantes legales de estas entidades deberán:

... .

18. Las EPS y EOC asumirán la responsabilidad del pago del 50% de los servicios, procedimientos, intervenciones, y suministro de medicamentos no POS, cuando los mismos no sean autorizados por el Comité Técnico - Científico y sean ordenados por tutela.

... ." (Resaltada la parte demandada)

Previo a hacer un análisis de fondo sobre la disposición acusada, es precisó advertir que la excepción denominada de legalidad de la actuación propuesta por la Superintendencia Nacional de Salud, no es una excepción propiamente dicha que inhiba de hacer un pronunciamiento de mérito, sino que involucra el fondo de la controversia y, por ende, se decide en la sentencia. Sobre la excepción de inepta demanda, por no presentar argumentos que demuestran que la disposición acusada viola las normas que se consideran infringidas, propuesta por la misma entidad, se observa que no prospera, porque la actora señaló que la Superintendencia de Salud usurpó funciones que no le corresponden, dado que la competencia para expedir la norma enjuiciada es del Consejo Nacional de Seguridad Social; que se trasgrede el artículo 121 de la Constitución Política y el artículo 172 de la Ley 100 de 1993 y se atenta contra la viabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud y vulnera los derechos de las EPS's y EOC de conformidad con la sentencia C-316 de 2008 que se refiere a la exequibilidad del artículo 14,literal j), de la Ley 1122 de 2007, lo cual indica que los cargos son claros y concretos haciendo viable un pronunciamiento de mérito por parte de la Sala.

Procede, en consecuencia, la Sala a referirse a los cargos endilgados así:

1. Falta de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para expedir la disposición acusada, porque el ente competente para ejercer las funciones es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS.

Sobre el particular, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

La Ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social en Salud – SGSSS, en cuyo artículo 171 creó el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - CNSSS², adscrito al Ministerio de la Protección Social³, como un organismo de Dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual, de conformidad con el artículo 172 *ídem*, tiene dentro de su objeto “*ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía*”.

Sobre el particular, esto es, sobre la competencia para expedir normas relacionadas con funciones administrativas de los recursos del FOSYGA, esta Sección mediante sentencia de 8 de julio de 2010 (expediente 2005-00112-01, Consejera ponente (E) doctora María Claudia Rojas Lasso), expresó, que la competencia está reservada al CNSSS, en los siguientes términos:

“ Es importante para tomar la decisión, tener en cuenta que con la aparición de la acción de tutela y su impacto en el Sistema de Seguridad Social, se han venido expidiendo por parte del Ministerio de la Protección Social diferentes

² Derogado por el artículo 3º de la Ley 1122 de 2007 a partir de la entrada en funcionamiento de la Comisión de Regulación en Salud – CRES.

³ Hoy Ministerio de Salud y Protección Social. En el año 2011 y mediante la Ley 1444 de 2011 el Ministerio de la Protección Social fue escindido en dos, pues según el artículo 7 de dicha ley se reformó el ministerio de Protección Social, denominándose ahora Ministerio de Trabajo, y según el artículo 9 de la misma, se creó el ministerio de Salud y de Protección Social, conformándose así el Ministerio de Salud y Protección Social por un lado y el Ministerio de Trabajo por el otro.

disposiciones que reglamentan el monto a reconocer por el recobro de medicamentos al Fosyga, que no tengan un similar u homólogo dentro del listado, que distinguen entre los autorizados por los Comités Técnico-Científicos de las EPS, ARS y entidades adaptadas, ,

... .

Las Resoluciones N°s 2312 de 1998, 2948 de 2003 y 2949 de 2003 antes mencionadas que fueron expedidas por el Ministerio de la Protección Social, fueron demandadas separadamente en acción de nulidad, sobre lo cual se pronunció esta Sección mediante sentencias proferidas el 4 de septiembre de 2008⁴ la primera y las otras dos el 18 de junio de 2009⁵.

... .

Mediante sentencia del 18 de junio de 2009, **se declaró la nulidad de los apartes resaltados, por las mismas razones que dieron lugar a la expedición de la Resolución 2312 de 1998, es decir, porque el Ministerio de la Protección Social no era competente para expedir la norma, porque si se inspeccionan con detenimiento los numerales y párrafos del artículo 172 de la Ley 100 de 1994, se puede advertir sin mayor dificultad que en ellos se encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSSS y porque el FOSYGA es una cuenta que si bien se encuentra adscrita al Ministerio de la Protección Social, es administrada por el CNSSS, quien debe determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos.(art. 218 de la Ley 100 de 1993 y art. 6° del Decreto 1283 de 1996)**". (Resaltado fuera de texto)

Al examinar la Circular demandada, se advierte de sus antecedentes y considerandos, que la Superintendencia Nacional de Salud, dentro de sus facultades, mediante el acto acusado está dando instrucciones a las entidades sobre las cuales ejerce inspección, vigilancia y control, para que cumplan con lo dispuesto por las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, en aras de garantizar el goce efectivo de los servicios de salud.

En efecto, la Superintendencia Nacional de Salud tiene asignada la función de inspección, vigilancia y control con el objeto de asegurar: la eficiencia en la utilización de los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, el

⁴Rad. 2003-00327-01, C.P. Dr Camilo Arciniegas Andrade

⁵ Rad. 2004 00139 01 y 2004 00175 01 (Acumulados), C.P. Dr Rafael Ostau de Lafont Pianeta y, Rad. 2004-00340, C.P. Dr Marco Antonio Velilla Moreno

cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias por parte de las entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras de salud, las entidades territoriales y otros actores del Sistema. Es así como la Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su artículo 35 define en qué consiste dicha función, en los siguientes términos:

“Artículo 35. Definiciones. Para efectos del presente capítulo de la ley, se adoptan las siguientes definiciones:

A. Inspección: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.

Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.

B. Vigilancia: La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.

C. Control: El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión”.

Y el Decreto 1018 de 2007, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, artículo 6º, numeral 23, reforzando lo anterior, prevé específicamente:

“Artículo 6º. Funciones. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá las siguientes funciones:

... .

23. **Emitir instrucciones a los vigilados** sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como aplicar las sanciones respectivas relacionadas con aquellos asuntos que son objeto de su competencia, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias.” (resaltado fuera de texto)

Lo anterior indica que la Superintendencia Nacional de Salud, si tenía competencia para expedir una instrucción a un grupo de sus vigiladas, para que se cumpla con un precepto legal de conformidad con lo indicado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y en general con el cumplimiento de las sentencias, lo cual explica en sus considerandos. No pretendió la entidad crear o regular una norma ni emitir una regulación que implique destinación de los recursos del FOSYGA lo cual es competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en virtud del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, como ya lo ha expresado la Sala en la Jurisprudencia antes reseñada.

En consecuencia, no prospera este cargo.

2. La expresión demandada atenta contra la viabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud y vulnera los derechos de las EPS´s y EOC, de conformidad con la sentencia C-316 de 2008 proferida por la Corte Constitucional.

Para la época de la expedición de la Circular Externa núm. 051 de 17 de octubre de 2008, la norma superior vigente era la Ley 1122 de 2007⁶, que, en lo pertinente, dispone:

⁶ La Jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, antes reseñada, se pronunció sobre demandas de nulidad de apartes de actos administrativos - Resoluciones expedidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007.

“Artículo 14.

A partir de la vigencia de la presente Ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

... .

j) En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud⁷. (Resaltado fuera de texto).

La Corte Constitucional se pronunció sobre el alcance de esta disposición, en la parte resaltada y subrayada, mediante sentencia C-316 de 9 de abril de 2008⁸, en los siguientes términos:

“Alcance y contenido de la norma parcialmente demandada y la presunta vulneración del principio de legalidad.

21. La disposición parcialmente demandada establece la obligación, a cargo de las aseguradoras, de dar trámite inmediato a las solicitudes de medicamentos No POS necesarios para tratar enfermedades de alto costo. De lo anterior se deriva la obligación de establecer procedimientos ágiles y expeditos para el estudio de las correspondientes solicitudes. Adicionalmente, indica que si la EPS no pone en marcha el respectivo procedimiento y no eleva la solicitud al Comité Técnico Científico y resulta obligada a la entrega del respectivo medicamento por vía de la acción de tutela, sólo tendrá derecho al cobro del cincuenta por ciento del valor del respectivo medicamento.

Se persigue, como ya se ha señalado, que el trámite interno de las aseguradoras, al menos cuando se trata de dar curso a una solicitud de medicamentos para enfermedades catastróficas o de alto costo, se reglamente de manera tal que se inicie sin necesidad de que la persona enferma tenga que acudir a la acción de tutela y que el procedimiento tenga una duración inferior al término de la mencionada acción. Esta pretensión no parece desproporcionada si se tiene en cuenta (1) que se trata de personas gravemente enfermas; (2) que la tutela sólo puede interponerse ante la falta de respuesta de la aseguradora y (3) que la decisión del juez sólo se profiere luego de los 10 días hábiles de que trata la Constitución. Adicionalmente, en

⁷ Numeral derogado por el artículo 145 de la Ley 1438 de 2011.

⁸ Magistrado ponente doctor Jaime Córdoba Triviño.

todo caso, en el proceso de tutela, el juez está obligado a vincular a la respectiva aseguradora quien podrá informarle sobre el procedimiento adelantado y la decisión adoptada por el Comité o aportar las razones que justifican la ausencia de una decisión. Si el trámite ha sido expedito y oportuno y la decisión se adecua a las exigencias legales y constitucionales, la tutela no procederá. Sin embargo, si la EPS no ha puesto en marcha el procedimiento; si el Comité no ha dado una respuesta oportuna y la EPS no ha suplido esta ineficiencia; o si la respuesta no se ajusta a los requerimientos constitucionales y legales, la tutela procederá.

En este punto es muy relevante señalar que el trámite ante el Comité Técnico Científico no se puede convertir en una barrera de acceso de las personas al servicio de Salud. En este sentido, el trámite ante el Comité es efectivamente un paso obligatorio para poder solicitar el recobro del medicamento No Pos al Fosyga. Sin embargo, no es un procedimiento necesario para poder acceder a los servicios de salud. Lo anterior, incluso, si se está frente a la solicitud de medicamentos o servicios que se encuentren por fuera del Pos. Así por ejemplo, cuando se trata de un caso urgente, la EPS no puede limitarse a sostener que el suministro a la persona gravemente enferma del medicamento No Pos tiene como condición indispensable el dictamen del Comité.

En otras palabras, si el Comité Técnico Científico es diligente, este trámite puede ser previo al suministro de dicho medicamento. Sin embargo, si los Comités no actúan de manera diligente, la EPS debe adoptar todos los correctivos para que esta falta de diligencia no interfiera con la prestación del servicio en las condiciones de oportunidad, calidad e integralidad que la ley exige. En este sentido si la aseguradora advierte que existen razones para suministrar un medicamento No Pos y el Comité deja de actuar, la empresa debe salir en defensa del derecho del usuario. En estas condiciones puede o impulsar una actuación más diligente del Comité o suministrar directamente el medicamento al que el usuario tiene derecho y esperar la autorización para poder recobrar al Fosyga. Si no fuera así, quedaría en manos de un Comité tripartita, que es realmente un órgano administrativo y que no está bajo la dirección y control de las empresas, la entrega de un medicamento del cual puede depender la vida de una persona que tiene derecho al tratamiento integral contra su enfermedad.

En virtud de lo anterior puede sostenerse que para que proceda la medida de que trata la disposición demandada se requiere que se cumplan dos condiciones: (1) que la empresa no hubiere dado trámite oportuno a la solicitud y (2) que resulte obligada a la prestación mediante acción de tutela. Naturalmente, se entiende que el trámite oportuno debe estar consagrado en un reglamento que ordene el estudio expedito de las solicitudes. Si se cumple una de las dos condiciones y no la otra, no habrá lugar a la imposición de la medida consagrada en la norma. En estos casos, si por error se impone dicha medida, la empresa podrá reclamar el pago del restante 50% bien por vía administrativa o, residualmente, por vía judicial. Para que este derecho pueda ejercerse de manera plena, deberá existir, naturalmente, un acto administrativo impugnado en el que quede confirmada la

ocurrencia de las dos circunstancias que dan lugar a la aplicación de la mencionada medida.

22. **Ahora bien, la norma demandada se aplica a medicamentos NO POS**, pues las EPS están obligadas a dar trámite inmediato a las solicitudes de medicamentos incluidos en el POS. En consecuencia, si existe un error en la aplicación de la medida y se aplica en un caso en el cual se solicitaban medicamentos incluidos en el POS la empresa podrá reclamar el cobro del 50% del valor del medicamento que no ha sido pagado.

A este respecto cabe indicar que la norma tuvo en consideración la principal causa de interposición de las acciones de tutela en materia de salud (para 2005 y que se mantiene para 2007), es decir, la solicitud de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Con ello se observa una total coherencia entre la medida estudiada y las causas que originan, según el informe de la Defensoría del Pueblo tantas veces mencionado, el mayor número de acciones de tutela.

...

23. Adicionalmente, debe quedar claro que la medida estudiada está concebida para enfermedades de alto costo, es decir, tiene en cuenta padecimientos altamente sensibles y asociados a enfermedades ruinosas o catastróficas. Estas enfermedades se encuentran definidas en la Resolución 5261 de 1994.

24. El Comité al que se refiere la norma es el Comité Técnico Científico de la correspondiente EPS. Estos Comités fueron creados por el artículo 188 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 121 del Decreto 2150 de 1995 con el fin de atender reclamos de los usuarios del servicio cuando consideren que ocurran hechos de naturaleza asistencial que los afecten ... ”. (Resaltado fuera de texto)

Con posterioridad, la Corte constitucional, mediante la sentencia C-463 de 14 de mayo de 2008⁹, nuevamente se pronunció sobre la Constitucionalidad del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, extendiendo su aplicación, no solo a los medicamentos para enfermedades de alto costo de los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, sino que, teniendo en cuenta el principio de conservación del derecho, **condicionó la exequibilidad de la norma de manera que se entienda que el reembolso de que trata, se aplica respecto de todos los servicios médicos ordenados por el médico tratante no incluidos en el plan de**

⁹ Magistrado ponente doctor Jaime Araujo Rentería.

beneficios de cualquiera de los regímenes legales de seguridad social vigentes. Así lo expresó dicha Corporación en los siguientes términos:

“7. NECESIDAD DE CONDICIONAMIENTO DEL APARTE DEL LITERAL J) DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 1122 DE 2007, CON EL CUAL SE HA REALIZADO INTEGRACIÓN NORMATIVA

De conformidad con lo anterior, y una vez realizada la integración normativa en relación con el aparte “*En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.*”, contenida en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, esta Sala encuentra que en aras de darle aplicación al principio de “conservación del derecho” y dado que la normatividad bajo estudio al no tener en cuenta sino los casos de enfermedades de alto costo para el suministro de medicamentos no incluidos en el POS y sólo para el caso del régimen contributivo, pasará esta Sala a condicionar dicha disposición.

Así las cosas, y con fundamento en todo lo expuesto en la parte considerativa y motiva de esta providencia, encuentra la Sala que la obligación que se impone a las EPS como consecuencia jurídica por haber vulnerado el derecho a la atención oportuna y eficiente de los servicios médicos no puede limitarse a los usuarios que requieran los medicamentos para enfermedades de alto costo ni a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, pues no se encuentra justificación para ese trato distinto a usuarios que están en la misma situación frente al goce efectivo de su derecho a la salud, de manera que tal y como se encuentra redactada la norma resulta vulneratoria de los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, la Corte teniendo en cuenta el principio de “*conservación del derecho*” condicionará la exequibilidad del aparte contenido en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007, de manera que se entienda que el reembolso a que son obligadas las EPS objeto de un fallo de tutela, también se aplica respecto de todos los medicamentos y servicios médicos ordenados por el médico tratante no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legales de seguridad social en salud vigentes.

Respecto de este condicionamiento impuesto por esta Corte, la Sala se permite aclarar: (i) en primer lugar, que el contenido normativo que se analiza y se condiciona como quedó expuesto, contiene el supuesto normativo de que existe una orden judicial proferida por un juez de tutela que ordena la entrega de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, intervenciones, o cualquier otro servicio médico, todos ellos excluidos del Plan Obligatorio de Salud –POS-, y que como consecuencia de dicha orden judicial, cualquier

controversia quedará saldada; (ii) en segundo lugar, que a lo que tienen derecho las EPS, de conformidad con las disposiciones legales en salud, es a recuperar lo que está excluido del POS, por cuanto respecto de las prestaciones en salud que se encuentran incluidas en el POS, las EPS no pueden repetir contra el Fosyga.

Con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001.

8. CONCLUSIÓN.

De conformidad con lo expuesto **esta Corte declarará la exequibilidad del literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007**, en el aparte que dispone *“En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga”*, **en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes”**. (Resaltado fuera de texto)

De otra parte, en los considerandos del acto acusado la Superintendencia Nacional de Salud, hace mención específica a lo señalado en la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008¹⁰ (de efectos interpartes), en la medida en que mediante ésta la Corte Constitucional *“ha determinado necesario establecer en forma*

¹⁰ Magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

expresa las medidas e instrucciones que deben cumplir las Entidades Promotoras de Salud que operan el régimen contributivo y subsidiado, las Instituciones Prestadoras de Servicios de cualquier naturaleza, las Entidades Territoriales y el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, en aras de garantizar el goce efectivo de los derechos de la salud”¹¹.

Ahora bien, teniendo en cuenta el artículo 14, literal j), de la Ley 1122 de 2007 y la Jurisprudencia que la Corte Constitucional dictó sobre esta disposición, el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución núm. 3099 de 19 de agosto de 2008¹², por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos–CTC’s y se establece el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, autorizados por el CTC y fallos de tutela. En lo pertinente la Resolución dispone:

“CONSIDERANDO

... .

Que mediante Sentencia C- 316 de 2008, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los

¹¹ En esta oportunidad dicha Corporación, dispuso:

“6.1.3.2. *Ordenes específicas a impartir*

6.1.3.2.1.

En estos casos se aplicará la regla establecida recientemente en la sentencia C-463 de 2008 en la que se revisó la constitucionalidad del literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, [en la cual se decidió que “*siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes*” se reembolsará sólo la mitad de los costos no cubiertos. Es decir, cuando el Comité Técnico Científico niegue un servicio médico de acuerdo con la competencia de que trata la presente orden, y posteriormente la EPS se obligue a su prestación mediante una acción de tutela, sólo procederá el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos.

¹² Los artículos 6º y 8º de esta disposición están demandados parcialmente en acciones de nulidad; sobre el artículo 6º, literal a), mediante la sentencia de 9 de diciembre de 2010 se denegaron las pretensiones de declarar la nulidad del artículo 6º, literal a) (expediente 2008-00368, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el FOSYGA”, del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007”. Que mediante Sentencia C-463 de 2008, la Corte Constitucional decidió declarar exequible el literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2008 “señalando que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el FOSYGA. En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001”.

En mérito de lo expuesto:

Artículo 26°. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta o documento equivalente de éste, de la siguiente forma:

... .

e) Medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, no tramitados por el Comité Técnico Científico ordenados por fallos de tutela. El valor a reconocer y pagar por el FOSYGA será del 50% del valor total facturado por el proveedor. Al valor resultante, se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las entidades administradoras de planes de beneficios hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y este total será el valor a pagar por el FOSYGA. No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, servicio médico y prestación de salud, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

f) Medicamentos, Servicios médicos y prestaciones de salud NO POS ordenados por fallo de tutela previamente negados por el Comité Técnico Científico. El valor a reconocer y pagar por concepto de servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (POS), ordenados por fallos de tutela y no autorizados por Comité Técnico Científico y ordenados por fallo de tutela, será el valor facturado por el proveedor del servicio médico y/o prestación de salud. Al valor resultante, se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las entidades administradoras de planes de beneficios hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y este total será el valor a pagar por el FOSYGA. No se reconocerán variaciones posteriores del precio del servicio médico y prestación de salud, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad”.

Los literales transcritos, se refieren al valor a reconocer cuando los servicios de salud (procedimientos, intervenciones y suministro de medicamentos) NO POS, son ordenados por fallo de tutela, pero, para el recobro, hacen clara diferencia entre, si la solicitud del servicio no fue previamente tramitada ante el Comité Técnico-Científico, caso en el cual sólo se reconoce el 50% del valor del servicio, o si se tramitó ante dicho Comité, pero fue negado, caso en el cual se reconoce el valor total; en ambos casos se deben hacer los descuentos a que aluden las disposiciones mencionadas.

El artículo 26 transcrito de la Resolución núm. 3099 de 19 de agosto de 2006, fue modificado por el artículo 9º de la Resolución núm. 3754 de 2 de octubre de 2008¹³, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 9º. Modifícase el artículo 26 de la Resolución 3099 de 2008, el cual quedará así:

"Artículo 26. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta o documento equivalente de este, de la siguiente forma:

d) Medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS ordenados por fallos de tutela. El valor a reconocer y pagar por el Fosyga, por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, ordenados por fallos de tutela que no fueron tramitados por el Comité Técnico-Científico de la respectiva entidad, será el 50% del valor total facturado por el proveedor.

Al valor resultante, se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las entidades administradoras de planes de beneficios hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, servicio médico y prestación de salud, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

¹³ Ambas Resoluciones fueron derogadas por la Resolución núm. 548 de 2010. Mediante sentencia de 28 de mayo de 2015 se negó la nulidad del artículo 6º, literal k), de la Resolución 3754 de 2008 (expediente 2010-00483, Consejero ponente doctor Guillermo Vargas Ayala).

Cuando por razones médico-científicas el Comité Técnico-Científico niega la solicitud de autorización del medicamento, servicio médico y prestación de salud ordenada por el médico tratante y la EPS y/o EOC es obligada a su prestación por fallo de tutela, el valor a reconocer y pagar será el 85%¹⁴ del valor facturado por el proveedor del servicio médico y/o prestación de salud. Dicho valor se reconocerá siempre y cuando la negación por la no pertinencia médica demostrada se consigna en la respectiva Acta, y tales razones científicas fueron puestas en consideración del juez de tutela. Para estos efectos, se deberá anexar el acta del CTC como soporte del recobro”.

La norma anterior dejó incólume el recobro del 50% del valor del servicio cuando éste no fue tramitado ante el Comité Técnico Científico y fue ordenado por fallo de tutela; pero varió el valor del recobro cuando el Comité Técnico-Científico **niega el servicio no POS**, es decir no lo autoriza, y éste es reconocido por fallo de tutela, pues antes se reconocía el valor total, y ahora el 85%, en ambos casos, menos los descuentos mencionados.

Ahora bien, la Circular acusada núm. 051 de 17 de octubre de 2008, fue expedida después de que entraron en vigencia las dos Resoluciones anteriores, y en su artículo 2º, numeral 18, dispuso que en el caso en el cual el Comité Técnico-Científico **no autorizara**, es decir negara los servicios NO POS, y éstos se ordenaran por fallo de tutela, las EPS´s y EOC se responsabilizan del pago del 50% de su valor.

Para la Sala le asiste razón a la actora y, por ende, habrá de accederse a sus pretensiones. En efecto, de conformidad con el artículo 14, literal j), de la Ley 1122 de 2007, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias C-316 de 9 de abril de 2008 y C-463 de 14 de mayo de 2008, y las Resoluciones núms. 3099 y 3754 de 2008, **quienes deben asumir el 50% del valor de los servicios, procedimientos y suministro de medicamentos no POS, de que**

¹⁴ La expresión “85%” está demandada en acción de nulidad, expediente AC-2008-00434, de la Sección Primera.

trata el acto acusado, son las EPS y EOC que no estudiaron oportunamente las solicitudes ni las tramitaron ante el respectivo Comité Técnico-Científico y sean ordenados por tutela, es decir, que no actuaron diligentemente, en condiciones de oportunidad, calidad e integralidad, **y no las que sí tramitaron las solicitudes pero que fueron negadas, o lo que es lo mismo, no fueron autorizadas por el Comité Técnico-Científico**, pues en este caso, el artículo 26 de la Resolución núm. 3099 de 19 de agosto de 2008 dispuso que el recobro o valor a reconocer es el total de lo facturado menos los descuentos mencionados en la norma, la que fue modificada por el artículo 9º de la Resolución núm. 3754 de 2 de octubre de 2008, que ordenó reconocer solo el 85% de lo facturado.

Luego la disposición acusada, al establecer que las EPS y EOC asumen el pago del 50% de los servicios médicos **cuando no sean autorizados** por el Comité Técnico Científico y sean ordenados por tutela, violó las normas superiores mencionadas, porque se entiende, según su texto, que la solicitud se hizo y se analizó, pero se obtuvo respuesta negativa, es decir, no fueron autorizados, pues en este caso se reconoce una suma superior (85%), conforme ya se observó.

En otras palabras, el reintegro de solo el 50% del servicio médico que consagra el acto acusado, no debió referirse a las EPS y EOC que debidamente tramitaron la solicitud, así la hubieran negado y ordenado por fallo de tutela, porque a éstas les corresponde un recobro del 85%, es decir, una suma superior a la que se refiere el acto acusado.

Por lo anterior, la Sala declarará la nulidad de la disposición acusada, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A :

DECLÁRASE la nulidad del numeral 18, del artículo 2º, de la Circular Externa núm. 051 de 17 de octubre de 2008, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de junio de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA
Ausente con permiso

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO