Sentencia C-316/08

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud parcial de la demanda

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad en materia de aseguramiento en salud/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deberes de diligencia/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del Pos/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Decisión respecto del suministro de medicamentos excluidos del Pos en enfermedades de alto costo

Las entidades promotoras de salud (EPS) son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento y deben asumir sus obligaciones constitucionales al margen de la decisión del Comité, es decir que no pueden negar un medicamento con la única justificación de que el Comité no lo ha autorizado o que se trata de medicamento No Pos cuando sea evidente que existe la obligación legal o constitucional de suministrarlo. En consecuencia la EPS debe (i) someter con prontitud y diligencia las solicitudes de medicamentos No Pos que le sean formuladas, al Comité Técnico Científico; (ii) definir un procedimiento que obligue a este órgano a satisfacer el mandato de oportunidad que impone la prestación del servicio de Salud; (iii) detectar con rapidez la falta de diligencia del Comité a la hora de resolver casos urgentes – como los que corresponden a las enfermedades catastróficas – y, en estos casos, (iv) omitir el trámite administrativo negligente y atender a la persona enferma con prontitud adoptando los correctivos del caso. Se trata, en suma, de una serie de deberes de diligencia de las EPS como entidades administradoras del servicio público de seguridad social en salud

ENFERMEDADES DE ALTO COSTO-Trámite diligente para el suministro de medicamentos excluidos del Pos/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Sanción por incumplimiento de la responsabilidad de trámite diligente de solicitudes de medicamentos excluidos del Pos

Siguiendo jurisprudencia reiterada de esta Corporación y disposiciones administrativas preexistentes, se señala que en aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el POS, corresponde a las EPS, de manera inmediata y sin más trámite, ponerla a consideración del respectivo Comité Técnico Científico. Para garantizar el cumplimiento de esta responsabilidad, la misma disposición señala que si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se

obliga a la prestación correspondiente mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos, por partes iguales, entre la EPS responsable del incumplimiento y el Fosyga. 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. La diligencia con la cual la EPS tramite la solicitud, debe derivarse del diseño y cumplimiento de un procedimiento breve y sumario establecido en un acto reglamentario especialmente diseñado para tales efectos. Si bien pueden existir normas reglamentarias generales destinadas a agilizar la prestación del servicio de salud, lo cierto es que cada EPS podrá tener su propio procedimiento y el Ministerio podrá establecer condiciones mínimas de calidad y eficiencia. Pero nada de esto compromete la claridad y suficiencia de la norma parcialmente demandada ni su sujeción al principio de legalidad.

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Trámite ante Comité para suministro de medicamentos excluidos del Pos no es requisito para acceder a los servicios de salud/COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Falta de diligencia del Comité debe ser resuelta por la EPS

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. 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. 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. 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. La EPS tiene la responsabilidad de atender oportunamente al usuario y entregarle el medicamento No Pos que requiera cuando exista la obligación constitucional, legal o reglamentaria de hacerlo. Cosa distinta es que sólo pueda cobrar dicho medicamento al Fosyga cuando el Comité lo hubiere autorizado. 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.

ENFERMEDADES DE ALTO COSTO-Asunción de los costos de medicamentos excluidos del POS por partes iguales entre las EPS y el Fosyga

La disposición parcialmente acusada respondía fundamentalmente a dos necesidades urgentes. La primera, evitar los trámites administrativos y dilaciones injustificadas en el sistema de salud que pudieran afectar los derechos fundamentales de los usuarios. Y la segunda, afrontar la práctica, ya constatada por esta Corte, según la cual algunas aseguradoras exigen a sus asegurados la interposición de acciones de tutela como requisito para acceder a la solicitud de entrega de medicamentos para enfermedades catastróficas o de alto costo, cuando estos no estuvieren en el POS. Ello, pese a que el Estado ya ha reconocido el derecho al recobro de estos medicamentos al FOSYGA, cuando los mismos han sido autorizados por el Comité Técnico Científico. En suma, la disposición parcialmente demandada tenía la doble finalidad de promover el acceso integral y oportuno a los medicamentos no POS necesarios para tratar enfermedades catastróficas, incentivando a las mismas empresas a que adoptaran procedimientos ágiles y expeditos que sirvieran para prevenir la ocurrencia de sufrimientos insoportables o de daños irreparables sobre las personas que sufren estas enfermedades, y descongestionar al sistema judicial

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Sometido a estándares menos exigentes que los aplicables al proceso penal

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE INTENSIDAD INTERMEDIA-Aplicación

La medida estudiada persigue que las empresas promotoras de salud cumplan de forma diligente con la obligación que la ley les impone de entregar a quienes sufren enfermedades catastróficas o de alto costo los medicamentos que requieren para frenar su avance o paliar

dolores insoportables. En pocas palabras, se trata de evitar la muerte o la indignidad extrema de personas enfermas sometidas a largos, engorrosos e innecesarios trámites administrativos. Adicionalmente, la medida persigue descongestionar el sistema judicial hoy evidentemente recargado por la interposición de cientos de miles de acciones de tutela de personas a quienes sólo les suministran el medicamento al cual tienen derecho, previa la correspondiente decisión judicial. La finalidad, en consecuencia, no sólo es legitima sino que resulta acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Constitución y con la protección del derecho a la salud (CN art.49). Es razonable concluir que la medida es efectivamente conducente para alcanzar la finalidad perseguida, pues crea un incentivo fuerte para que las aseguradoras diseñen mecanismos y procedimientos ágiles y expeditos que les permitan prestar un servicio oportuno y de calidad a sus usuarios. Adicionalmente, establece una consecuencia muy relevante para las aseguradoras que continúen con la práctica de solicitar a sus usuarios la interposición de una acción de tutela como condición para la entrega de un medicamento al cual tienen derecho. En consecuencia, puede sostenerse que se trata de una medida realmente idónea para alcanzar las finalidades constitucionales perseguidas.

Referencia: expediente D-6927

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 por medio de la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Actor: Francisco Javier Gil Gómez

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Francisco Javier Gil Gómez instauró demanda en acción pública de inconstitucionalidad tendiente a lograr la inexequibilidad del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 por medio de la cual el Congreso de la República hace algunas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

El literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, publicado en el Diario Oficial N° 46.506 de 9 de enero de 2007, señala:

LEY 1122 de 2007

(9 de enero)

por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

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 Salud; (…).”. (Se subraya la parte demandada)

III. LA DEMANDA

FRANCISCO JAVIER GIL GOMEZ, ciudadano colombiano, instauró demanda de inconstitucionalidad contra el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 por medio de la cual el Congreso de la República hace algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Los cargos de la demanda se resumen a continuación.

1. En primer lugar encuentra que la disposición demandada vulnera el derecho al debido proceso porque establece una sanción por una causa que no le es imputable a la EPS y que obedece a una responsabilidad objetiva.

Recuerda que en principio las EPS están obligadas a proveer a sus asegurados de los medicamentos que se encuentran en el POS. Sin embargo, el Acuerdo 228 de 2003 en su artículo 8, señala que para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el POS, previa aprobación del Comité Técnico Científico. En ese caso la respectiva entidad podrá solicitar el recobro al Fosyga. Señala sin embargo que la anterior es una norma facultativa y no imperativa y que todo lo relacionado con las enfermedades que no se encuentran en el POS es responsabilidad del Estado y no de las EPS.

Al respecto encuentra que debe hacer claridad sobre los siguientes aspectos:

1). La obligación de las EPS es atender el POS, lo que está por fuera del POS es una obligación del Estado, no de las EPS.

2). Las EPS pueden autorizar medicamentos no POS, los cuales serán recobrados al Estado,

previo trámite del Comité Técnico Científico, sin que esto sea una obligación de las EPS.

3). Los Comités Técnico Científicos no son órganos de las EPS ni tiene dependencia de las mismas, lo que se concluye de su integración, pues de ellos hacen parte un (1) representante de la EPS, un (1) representante de las Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, y un (1) representante de los usuarios.

De lo anterior, el actor deriva el primer cargo de la demanda. En su criterio la norma impugnada consagra una sanción en cabeza de las EPS por actos que no les son imputables jurídicamente, por no ser expedidos por uno de sus órganos. Por tal razón vulnera el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta. A su juicio "No es posible que exista debido proceso cuando se establece una sanción por un hecho no imputable al sancionado (EPS) sino al Comité Técnico Científico, en el cual la EPS sólo tiene uno de tres de sus integrantes, y cuando la sanción opera de plano, pues no existe regulación legal de causas de exoneración, y las mismas no pueden ser objeto de potestad reglamentaria, porque estaríamos excediendo la ley objeto de reglamentación.".

Y continúa diciendo: "Encuentra que existen múltiples causas para que un Comité Técnico Científico en cada caso concreto decida no autorizar un medicamento no POS y no se puede sin conocer las causas concluir que dicho hecho da lugar a una sanción en cabeza de la EPS. Tan claro es la arbitrariedad de la norma que es posible por ejemplo que el representante de la EPS vote a favor la autorización de un determinado medicamento y los dos restantes miembros que no son de la EPS la voten negativamente y con base en dicha decisión resultaría sancionada la EPS, lo que no sólo es absurdo sino inconstitucional, pues constituye una hipótesis clara de responsabilidad absolutamente objetiva proscrita en un Estado de Derecho, pues nada exonera a la EPS, y no está fundamentada ni en la culpa ni en el riesgo como criterios de imputación.".

2. Violación del artículo 49 de la Constitución. Para el demandante la disposición demandada vulnera el derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución. En criterio del demandante el citado artículo establece a cargo del Estado y no de las EPS la obligación de atender a las personas en todo aquello que no esté cubierto por los planes de salud a cargo de las aseguradoras. Encuentra que la disposición demandada autoriza al Estado a desprenderse de esta obligación y por ello se vulnera el citado artículo 49 constitucional.

Adicionalmente, para fundamentar este cargo, señala “Además la sanción consagrada no responde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que implica toda regulación Estatal, máxime cuando el Estado en esta materia es juez y parte, ya que es el responsable de asumir el pago de las prestaciones NO POS de las cuales pretende desprenderse regulando una aparente conducta reprochable en cabeza de las EPS para estructurar una hipótesis fáctica de una sanción administrativa, cuando el hecho objeto de sanción ni siquiera se puede imputar a la EPS por la forma como legalmente se integran los Comités Técnico Científicos.”

Finalmente, sostiene que las “tarifas mínimas” mencionadas en el literal impugnado vulneran el artículo 49 dado que “constituyen una violación a la efectividad del derecho a la salud, toda vez que no existe razón alguna para que una EPS asuma una prestación NO POS la pague a su proveedor a precios de mercado y el Estado responsable de la prestación la pague con base en unas tarifas mínimas que el mismo elabora.”.

3. Violación del artículo 150-21 CN. A su juicio el último inciso de la norma demandada es una típica norma de intervención económica. Sostiene que es inconstitucional dado que “no existe una ley previa que defina los fines, alcances y límites a la libertad económica que en dicho régimen tarifario puede imponer la Comisión de Regulación en Salud.”. En esa medida la norma demandada que hace parte de una ley ordinaria, vulnera la Constitución por incumplir lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución. Al respecto añade: “Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que estando las EPS obligadas exclusivamente a cubrir las prestaciones POS, las NO POS deben ser asumidas por el Estado y reconocidas a las EPS no por unas tarifas legales, sino por el valor pagado por cada EPS a sus proveedores.”

4. Por las mismas razones que acaban de ser expuestas, encuentra vulnerado el artículo 334 de la Constitución. A su juicio “la medida contenida en la norma demandada no tiene relación alguna con los fines que constitucionalmente se determinan para ejercer la competencia de intervención económica (mejoramiento calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y la preservación de un ambiente sano), ni los específicos del inciso segundo de dicho artículo. En otras palabras, la intervención estatal no es una facultad ilimitada del Estado, sino una competencia reglada que sólo puede ejercerse dentro de los fines establecidos en la norma constitucional, fines

que no tienen relación alguna con las medidas adoptadas en la norma demandada, de establecer una autoridad administrativa, desconociendo que este es un tema de reserva legal y que solo tiene por finalidad aliviar cargas económicas del Estado estableciendo una sanción objetiva y el pago de unas obligaciones con base en unas tarifas mínimas.”. Indica que la Corte ya se pronunció en un caso similar en el que se delegó al Gobierno para expedir un manual tarifario (artículo 42 de la ley 812 de 2003) declarado inexequible mediante Sentencia C-137/07.

5. Violación del Artículo 365 de la Constitución Nacional. Según el demandante la disposición acusada vulnera el artículo 365 de la Constitución, dado que según la citada norma constitucional “la ley es la que debe fijar el régimen jurídico al que se someten los servicios públicos, y un sistema de tarifas hace parte de dicho régimen y por lo tanto no puede ser delegado en una autoridad Administrativa, pues ello implica un desconocimiento de la reserva legal que existe en la materia, y que se consagra en el artículo 365 de la Constitución.”.

Finalmente, el actor señala que “en el remoto evento de considerar que la norma demandada es exequible, es importante que la H. Corte Constitucional module la sentencia, en el sentido de dejar claro que en todo caso se debe adelantar en cada caso el proceso administrativo correspondiente para imponer la sanción y para garantizar el derecho de defensa y contradicción propios del debido proceso.”.

IV. INTERVENCIONES

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Consideraciones generales

1. La interviniente comienza por señalar que la disposición demandada surge como resultado del incumplimiento de las aseguradoras de su obligación de proveer una atención integral a las personas que tienen enfermedades de alto costo, usualmente asociadas con dolencias graves o catastróficas. Indica que en muchos casos se ha detectado que las empresas solicitan como parte del trámite para entregar un medicamento de alto costo, la interposición de una acción de tutela. Por ello, resulta necesario que las mismas empresas adopten procedimientos ágiles y expeditos que sirvan para prevenir la ocurrencia de daños

irreparables sobre quienes sufren estas enfermedades. Su argumento posterior se sustenta en las siguientes “premisas”:

1) Que existe una situación crítica en el sistema de seguridad social en salud en general y, en particular, asociada a enfermedades de las características señaladas en la norma que se ataca y que uno de sus síntomas es una tutelitis aguda;

2) Que la prestación del servicio en los términos señalados por el Constituyente de 1991 debe sujetarse a la naturaleza de nuestro Estado y a sus propósitos lo cual cualifica las medidas de intervención que se adopten;

3) Que las EPS están en la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud respecto de sus afiliados;

4) Que, en virtud de que se trata de una medida correctiva, la norma contempla los elementos que ello exige, particularmente en relación con la proporcionalidad y el debido proceso; y,

5) Que la medida soporta el test de intervención del Estado en la economía.

2. Para fundamentar su primera “premisa”, expone a la Corte una serie de datos que tienden a demostrar que la mayor cantidad de acciones de tutela en materia de salud se debe a la omisión de las aseguradoras de entregar medicamentos de alto costo para enfermedades catastróficas como el cáncer o el VIH-sida. Indica, como se explica adelante, que este fue uno de los motivos que llevó al legislador a aprobar la disposición demandada cuya finalidad es asegurar la prestación integral y oportuna del servicio de salud, especialmente para las personas que más lo necesitan. Los argumentos que expone para sustentar esta afirmación son los siguientes:

La interviniente comienza por recordar que “No obstante que recientemente se ha insistido en ello1, las informaciones a través de las cuales se pone en evidencia el proceso de tutelización de la salud no son nuevas. Tanto la Defensoría del Pueblo2, en varios de sus informes, como la Superintendencia Nacional de Salud3, han destacado el tema, teniendo en cuenta, obviamente, la labor garantista que ha desarrollado la Corte Constitucional a partir de su conformación en 1992.”. Indica que el elevado número de tutelas en materia de salud

se debe a dos fenómenos: la eficacia de la acción y “la negativa continuada de los aseguradores, principalmente, en garantizar el acceso a los servicios de salud generando un desequilibrio evidente en la relación de salud (asegurador-asegurado) y el desespero ciudadano en recibir una pronta solución a un padecimiento.”

A su juicio la suma de los dos factores mencionados, produjo como resultado que, el incremento generalizado de las acciones de tutela (en 1997 se llega a cerca de un total de 50 mil acciones de tutelas y en los años siguientes se ha instalado en 200 mil), estuviera directamente relacionado con el aumento de las tutelas en materia de salud. Y añade: “De acuerdo con la información existente, del total del millón seiscientas mil tutelas interpuestas que han sido remitidas para su eventual revisión a la Corte Constitucional desde 1991 y hasta julio de 2007, un porcentaje mayoritario tiene que ver con la atención en salud. Tomando en cuenta el mecanismo de selección que utiliza el Alto Tribunal, para los años 2004 a 2006 y lo corrido de 2007 (hasta el mes ya indicado), dichos montos ascienden al 30% y en ocasiones superan esa cifra (en 2007, utilizando la metodología indicada, se llega al 32%). La tutela se ha convertido, entonces, en el bálsamo a ese padecimiento y parece que el sistema de seguridad social en salud se hubiese acostumbrado a ello, no obstante que el artículo constitucional que la regula aclara que es un mecanismo excepcional. En cifras absolutas, ello significa que, por lo menos, 500 mil ciudadanos han debido acudir a ese mecanismo para salvaguardar su derecho a la vida y a la integridad física frente a la resistencia de las EPS, situación que la Corte, en múltiples ocasiones, ha resaltado4. No sobra recalcar que en varias de las decisiones proferidas recientemente5, la Alta Corporación ha instado a las aseguradoras a cumplir con su labor pues han llegado al absurdo de no cumplir con los tratamientos incluidos del POS.”

Finalmente señala que del informe de la Defensoría del Pueblo que cubre el período 2003-2005 se extrae que una de las principales causas de las acciones de tutela en materia de salud es la solicitud de medicamentos de alto costo. En esta materia transcribe el aparte pertinente del informe referido según el cual: “a pesar de haber sido la segunda solicitud más frecuente en el período 2003-2005 /la entrega de medicamentos), en el último año se convirtió como (sic) la primera causa de tutela en salud llegando al 18,9% del total. Este comportamiento ascendente se venía presentando desde el año 2002 (pasa de 17,9% a 18,9%). Las primeras cinco especialidades en las que se tutelan medicamentos concentran el 52,91% y son: oncología, neurología, medicina interna, endocrinología y reumatología.6. (…)

más de la mitad de las controversias relacionadas con medicamentos tienen que ver con patologías de alto costo. Adicionalmente, una parte representativa de los mismos no están incluidos en el POS tal y como se indica en el informe.”. Y finalmente trascribe el siguiente párrafo del informe de la Defensoría, de la máxima importancia para este proceso:

“(E)s indudable que una situación como la planteada no puede considerarse como normal pues atenta contra los principios básicos de la prestación de servicio de salud. El hecho mismo de tener que acudir a una acción de tutela y que sea en virtud de una decisión judicial que se suministre un medicamento o procedimiento y que, además, comprometa a cerca de 70 mil ciudadanos al año, conduce a pensar que existe una anomalía en el sistema y que, a pesar de las disposiciones que se han adoptado, es necesario expedir medidas con un mayor grado de coercibilidad y plantear soluciones expeditas al interior mismo del sistema. Es más, si bien los accionantes por vía de tutela han encontrado solución a sus padecimientos, existe un cúmulo de ciudadanos que, por desconocimiento u otra causa, no han acudido a dicho trámite y, en cierta medida, se encuentran en situación de desigualdad frente a quienes la han interpuesto. Hay un rasgo de selectividad que impide que, a pesar del precedente judicial (desconocido por las EPS), se adopte una solución general. De otra parte, y al interior mismo de la administración de justicia, se observa que este esfuerzo por enderezar las amenazas a los derechos fundamentales retrase las otras áreas en las que éste se manifiesta y genera una congestión judicial.”.

Las razones anteriores, sostiene la interviniente, condujeron al legislador a aprobar la disposición ahora demandada, con la finalidad de que las aseguradoras implementaran sistemas más eficaces y adecuados de prestación del servicio de salud. Para demostrar este aserto, cita un aparte de la exposición de motivos del respectivo proyecto, según el cual:

“La interpretación equivocada del aseguramiento ha conllevado a no conservar la salud, no prevenir la enfermedad, agravar y prolongar la enfermedad cuando esta existe y a desencadenar en muchos casos la muerte. Sumado a lo anterior que los planes de beneficios algunas veces no responden a las necesidades de la población y no garantizan un trato equitativo a todos los colombianos (Congreso de la República, Gaceta del Congreso 562, 21 de noviembre de 2006.).

Y recuerda que más adelante en el mismo debate se sostuvo:

“Tutela. El derecho a la salud ha sido protegido por la acción de tutela, por conexidad al derecho fundamental de la vida. Las principales demandas se encuentran en materia de acceso a intervenciones y medicamentos no contenidos en el POS, por lo que no son suministrados por las EPS o ARS. De allí que, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, permita acceder a estos, mediante aceptación que con dicho fin, realicen los comités técnico-científicos, mecanismo que se estableció como instancia que permitiera facilitar el acceso a este tipo de servicios, sin tener que recurrir a la justicia a través de la acción de tutela. (…) Al analizar las causas por las cuales se instauraron acciones de tutela, se halló que el mayor peso porcentual correspondió a la acción de colocación de Stent Coronario con un 65%, el examen de carga viral para pacientes portadores de VIH con un 11% y el restante 34% se distribuyó en otro tipo de atenciones y entrega de medicamentos, no contemplados en el vademécum del POS10.

En conclusión, observamos que el mayor peso porcentual de los recobros realizados al Fosyga, por acción de tutela y comités técnico-científicos, corresponde a acciones y medicamentos asociados a la atención de patologías de alto costo y en menor porcentaje, a limitantes de acceso o indefinición de los planes subsidiado y contributivo, por la imposibilidad dentro del actual Sistema de equipararlos en lo pertinente a contenidos. Aquí es importante anotar, que con base en estos resultados el CNSSS, incluyó dentro del POS, mediante el Acuerdo 282, varios medicamentos para la atención de patologías de alto costo, al igual que la acción de colocación de Stent Coronario.”

Así mismo, señala que en la Plenaria del Senado se motivó, como sigue, la expedición de la disposición demandada:

Palabras de la honorable Senadora Dilian Francisca Toro Torres. (…)

El otro tema es, Senador que (…) hay que acudir a una tutela para que le presten el servicio. Qué vamos hacer y hay un artículo muy específico allí, en el proyecto de ley, en donde si una persona viene a una EPS a que le presten un servicio no POS, y la EPS en lugar de atenderlo le dice que vaya a poner una tutela como está sucediendo, pues, si la persona va y pone la tutela, y le aceptan la tutela la EPS tendrá que pagar el 50% de esa atención, pero si la persona va, si la persona va a la EPS.

Por solicitud del honorable Senador José Gonzalo Gutiérrez, la Presidencia pregunta a la

plenaria si se declara en sesión permanente y, cerrada su discusión, ésta responde afirmativamente.

La Presidencia concede nuevamente, el uso de la palabra a la honorable Senadora Coordinadora ponente, Dilian Francisca Toro Torres.

Palabras de la honorable Senadora Dilian Francisca Toro Torres.

Con la venia de la Presidencia hace uso de la palabra la honorable Senadora Dilian Francisca Toro Torres:

Entonces si la persona llega a la EPS y no le dan la atención inmediata, o sea llega con un problema de alto costo, y resulta que en la EPS no le prestan el servicio, si lo hace por tutela le va a tocar pagar a la EPS el 50%, pero si la EPS, cuando llega la persona con el problema, lo lleva a Comité Científico Técnico y le da el servicio inmediato para que haya una oportunidad en el servicio, puede recobrar al Fosyga el 100% de atención. Con esto vamos a lograr que la oportunidad de los servicios de salud se dé, y que las EPS puedan darle ese servicio sin necesidad de que se acuda a una tutela. 7

La interviniente concluye esta primera parte indicando que, tanto la información suministrada por la Defensoría del Pueblo como aquélla producto de los debates de la norma en cuestión, demuestra la necesidad de hacer frente a la negativa de las aseguradoras de prestar el servicio integral de salud y la finalidad que la disposición demandada persigue.

3. Una vez establecida la finalidad de la norma demandada, la interviniente indica que la misma tiene la siguiente estructura. (1) Está concebida para enfermedades de alto costo. Es decir, tiene en cuenta padecimientos altamente sensibles y asociados a enfermedades ruinosas o catastróficas, en donde se concentra el mayor número de acciones de tutela; (2) Adicionalmente, toma en cuenta la principal causa de estas acciones (para 2005 y se mantiene como principal causa en 2007), a saber la solicitud de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud; (3) Atendiendo la relación de aseguramiento y la naturaleza de la patología, dispone como obligación de las EPS que, con prontitud, someta al estudio del Comité Técnico Científico la solicitud; (4) En caso de que ello no ocurra y, además, la EPS sea condenada mediante acción de tutela, la entidad se verá obligada al pago de la mitad de los costos en que se incurra.

4. Encuentra la interviniente que, a diferencia de lo sostenido en la demanda, la norma impugnada es perfectamente compatible con el modelo del Estado Social de Derecho. Lo anterior no sólo porque tiende a una mejor y más eficiente prestación del servicio y a la atención adecuada y oportuna de personas que necesitan especial protección – usualmente los enfermos de mayor gravedad – sino porque tiende a "destutelizar" la salud. Para fundamentar su aserto, cita jurisprudencia de esta Corporación sobre el concepto de Estado social de Derecho. A este respecto, añade: "sería un contrasentido que el Estado social de derecho así constituido y caracterizado no tuviese los elementos necesarios para llevar a cabo la labor redistributiva y atenuar los efectos perversos del mercado que, en ocasiones y como lo afirma Federico Tovar, ni previene ni cura. En esencia, un Estado sin tales posibilidades sería un rey de burlas, sometido y sujeto a los actores económicos, rehén de los grupos económicos y triste espectador de abusos y deslices en temas neurálgicos para la sociedad como lo es la accesibilidad a los servicios de salud en condiciones de calidad y oportunidad".

En su criterio, la facultad del Estado de intervenir en el servicio público de salud comporta uno de los más altos grados de intensidad, comparable o talvez más intenso con aquél que se despliega en otras actividades que son imprescindibles para el bienestar del ciudadano y, por lo tanto, está dotado de un marcado interés público. Indica que, de conformidad con la propia ley, la labor de dirección del Estado en la prestación del servicio público de salud, se expresa de la siguiente manera:

(1) En la enunciación de unos fundamentos básicos para el sistema (art. 153 ib.) como lo son los de equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad.

(2) En las tareas de intervención a las cuales se refiere el artículo 154 de dicha ley, así:

El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines: a. Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta ley. b. Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de

Colombia. c. Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud. d. Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país. e. Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la ley. f. Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. g. Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes. h. Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social. PARÁGRAFO. Todas las competencias atribuidas por la presente ley al Presidente de la República y al gobierno nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo.

(3) En el artículo 156, como una de las características básicas del sistema, se indica la siguiente: a) El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud;

(4) Además de la facultad de regulación en cabeza del Gobierno Nacional y del entonces Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social, la Ley 100 previó un organismo de concertación a quien se le asignaron, entre otras las funciones de (art. 172): 1. Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro. […] 10. Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el Gobierno Nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgos catastróficos, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias. Buena parte de las funciones mencionadas fueron atribuidas a una entidad técnica denominada Comisión de Regulación en Salud –CRES-, tal y como se desprende del artículo 7º de la Ley 1122 de 2007. Una vez entre en funcionamiento dicha Comisión, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá un carácter de asesor y consultor tanto del Ministerio de la Protección como de la propia CRES.

5. Respecto a la facultad del Estado social de intervenir en la prestación de los servicios de

salud, señala: “En servicios públicos esenciales como éste –asociados a la garantía de derechos- que además de generar mercados altamente inflexibles (pues su consumo, como su nombre lo advierte, es esencial) la historia ha demostrado el riesgo de la cartelización, la fijación de precios bajos para eliminar la concurrencia (dumping), la afectación sensible de las asignaciones de los trabajadores y su explotación inmisericorde, la negación protuberante de servicios o la disminución de los mismos, la integración vertical, la utilización de “incentivos soslayados” para premiar prácticas restrictivas, la interpretación acomodaticia de las normas, la resistencia al incumplimiento a los órdenes de las autoridades, la insensibilidad ante el sufrimiento humano y la desatención de los pacientes, la primacía de lucro, las glosas sin fundamento, el no pago oportuno de servicios, las cláusulas abusivas etc. Todos estos temas deben ser regulados por el Estado con el fin de evitar la perversión de la prestación del servicio de salud.” (negrilla en original). Finalmente, en este mismo tema, indica que la Constitución Política, no solo permite la intervención sino que ordena la intervención8. Señala en este sentido que la intervención puede darse de muchas maneras, una de las cuales, pero no la única es la regulación.

6. En virtud de lo anterior, encuentra que no vulnera el derecho a la libertad de empresa y el libre mercado, la intervención del legislador en la prestación del servicio se salud. Recuerda que así lo ha reconocido la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“No obstante, como todos los derechos y libertades, la económica y de empresa no son absolutas. Ellas tienen límites concretos que la Constitución expresamente menciona cuando afirma: “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” Además, la noción misma de empresa, similarmente a lo que sucede con el concepto de propiedad, es entendida como una función social que implica obligaciones. (C.P art. 333).

Al respecto recuerda algunas decisiones de la Corte Constitucional sobre las facultades de intervención del Estado en la prestación del servicio de salud así: (1) la declaratoria de exequibilidad de la intervención en la medicina prepagada, en función de la actividad y el riesgo que entrañan. (C-176 de 30 de abril de 1996); (2) La obligatoriedad de afiliación al sistema de seguridad social en salud de los trabajadores independientes, la cual fue, también, declarada exequible.9; (3) Los pagos moderadores como un esquema legítimo de financiación siempre y cuando no se constituyan en barreras de acceso a la salud. 10; (4) La

determinación de los planes de beneficios que deben, en todo caso, amparar el núcleo esencial del derecho a la salud11. La posibilidad de que las EPS presten directamente los servicios de salud. 12 ("lo anterior, sin perjuicio de que, como lo hizo en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, se limite la integración vertical."); Los planes bianuales de salud para las entidades privadas, caso en el cual no encontró proporcional al objetivo perseguido.13; La contratación de las actividades de promoción y prevención que, en su momento estaban a cargo de las entonces Administradoras del Régimen Subsidiado.14; Así mismo, en dos de sus pronunciamientos consideró ajustada a la Constitución la previsión contenida en el inciso primero del artículo 51 de la Ley 715 de 2001 que establecía la obligatoriedad de contratación con IPS públicas. Este pronunciamiento fue reiterado en la sentencia C-331 de 200315, en donde, además, se declaró exequible plenamente el primer inciso del artículo 51 de la Ley 715 de 2001. Bajo la misma óptica anterior, no puede pasarse por alto la limitación que impuso el legislador para la administración del régimen subsidiado al exigir que éstas se organicen como entidades sin ánimo de lucro fue declarada acorde con nuestro ordenamiento16. La posibilidad de imponer sanciones a quienes no cumplan con las obligaciones que asumen cuando se les autoriza participar en la gestión y prestación de un servicio público como la salud17. finalmente, considera que debe tenerse en cuenta la sentencia C-137 de presente año en torno a la fijación de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud. En dicha determinación se reconoce la facultad de intervención como una obligación estatal18.

7. Indica que para saber si una intervención en la prestación del servicio de salud es proporcional se requiere aplicar el test de proporcionalidad. Para ello se requiere identificar en cada caso cuál es el interés legítimo involucrado y proceder a la evaluación o test de constitucionalidad de la intervención aquí prevista. A su juicio, la intención de la medida que se critica, de estirpe garantista, es evitar una de las asimetrías que se están generando, vale decir, la solución efectiva de un padecimiento grave y, en concreto, la continuidad en su tratamiento en defensa del principio de integralidad. Indica que es útil y proporcionada para tal finalidad.

8. Origen y funciones de las EPS. Señala que fue propósito del legislador que, con el concurso de personas jurídicas especializadas en la promoción, reguladas por el mismo estatuto y autorizadas por el Estado a través de la Superintendencia Nacional de Salud, el servicio público esencial de salud se prestará de manera más eficiente y directa. Esas entidades

especializadas, denominadas Entidades Promotoras de Salud, tienen como finalidad la promoción de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados y la administración idónea de recursos públicos, por expresa delegación del Estado. Son, pues, el vértice de la garantía de salud de los ciudadanos y en ellos se ha depositado la confianza para lograr que el postulado constitucional se realice. Recuerda que el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 las define así:

"Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación, al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley."

La función básica de las mismas es, pues, al tenor del artículo 177 citado, la de organizar y garantizar, directa (sin sobrepasar para 2008 el 30% de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007) o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados. Obviamente, dicho logro está asociado con el destino de sus afiliados en salud, su cuidado integral, la preocupación por sus padecimientos, la adopción de medidas tendientes a prevenirlos, etc.

Por ello, esa promoción a cargo de las EPS tiene como objeto la organización y prestación para sus afiliados de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, gestionando y coordinando la oferta de servicios de salud, estableciendo procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna para los usuarios y administrando el riesgo de salud, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, entre otras actividades19.

Ahora bien, una de sus obligaciones consiste en garantizar la prestación del mencionado plan a los afiliados y sus beneficiarios, lo que no inhibe de la obligación de salvaguarda de la integridad y la vida de los mismos en el marco de la relación de aseguramiento social en salud. De allí que la propia Ley 100 de 1993, mod. por el artículo 121 del Decreto 2150 de 1995, haya previsto:

NO DISCRIMINACION. El artículo 188 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

ARTICULO 188. Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios.

Cuando ocurran hechos de naturaleza asistencia que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, aquél podrá solicitar reclamación ante el Comité técnico – científico integrado por la Empresa Promotora de Salud a la cual esté afiliado, integrado de la siguiente forma: un representante de la EPS, un representante de la IPS y, un representante del afiliado, quien podrá concurrir directamente. Si persiste la inconformidad, ésta será dirimida por un representante de la Dirección Municipal de Salud.

Esto refleja que la relación de aseguramiento social no culmina con el cubrimiento del plan de beneficios incluido en el POS y que la EPS no puede desentenderse del devenir de su afiliado cuando, eventualmente, un procedimiento o medicamento no se encuentre cubierto en el Plan, menos aún cuando el mismo sufre una enfermedad ruinosa o catastrófica en donde la oportunidad es un tema trascendental para paliar o sanar los sufrimientos del paciente y sobre el cual la propia ley ha previsto el reaseguro (art. 19 de la Ley 1122 de 2007) y el Gobierno Nacional ya expidió el decreto a través del cual se regula la materia (Decreto 2699 de 2007) y en donde, además, se han previsto mecanismos para el recobro.

Es más, cuando se analizan las actividades de promoción y prevención, que están estrechamente asociadas con las enfermedades de alto costo, se advierte que si, como se indica en el Informe de la Defensoría del Pueblo y como lo ha constatado la Superintendencia Nacional de Salud20, las EPS no están cumpliendo con esa labor, es indudable que deben asumir la responsabilidad que se deriva de la problemática que están generando y de la mala inversión de los recursos destinados a tales actividades. Este es un tema sobre el cual no se ha insistido lo suficiente pero en el que se puede construir un nexo de causalidad entre la enfermedad de alto costo y la nula actividad de promoción y prevención respecto a sus afiliados, no obstante la evidente minimización de costos a lo cual un esquema preventivo llevaría.

Luego de citar las normas y jurisprudencia sobre el Plan Obligatorio de Salud, señala que una de las más graves fallas en que puede incurrir una EPS consiste en no amparar los

tratamientos y procedimientos establecidos que tienden a la protección integral de la salud del usuario. Así lo ha indicado la Corte Constitucional, las inclusiones del POS han de ser interpretadas teniendo en cuenta que "los tratamientos e intervenciones que estén contemplados en el mismo deben contribuir de manera efectiva al tratamiento y recuperación de la enfermedad"21.

9. En cuanto a la finalidad de la disposición demandada, señala que la nueva realidad normativa, persigue recrear el escenario garantista del aseguramiento social. El objetivo de la expedición de la Ley 1122 de 2007 fue adecuar varios de los aspectos de la Ley 100 de 1993, en cada uno de sus temas centrales. En desarrollo de esta labor, el legislador, a título de balance del sistema, luego de trece años de operación y respondiendo a un clamor nacional, consideró del caso efectuar una serie de modificaciones y adiciones a la Ley 100. Es así como, en materia de direccionamiento, se tecnificó el proceso decisorio de los aspectos fundamentales del Sistema mediante la creación de la Comisión de Regulación en Salud. En cuanto al financiamiento, se aumentaron los recursos con el fin de lograr la ansiada cobertura universal y se expidieron medidas con el propósito de proteger o garantizar el flujo de los recursos. Ya en el ámbito de aseguramiento, se establecieron una serie de medidas tendientes a la protección del usuario, acentuando las obligaciones a cargo de las promotoras de salud y la responsabilidad que asumen, así como unas limitaciones en la contratación. En relación con la prestación de servicios de salud, se fortalecieron los aspectos relacionados con la habilitación y la tecnificación de aquellas del sector público. Otro foco de atención en la reforma fue el relativo al fortalecimiento de la salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las cuales se detiene la misma.

En cuanto al aseguramiento se refiere, el legislador encontró necesario regular los siguientes aspectos: 1. En primer lugar, enfatizar que "el asegurador asum[e] el riesgo transferido por el usuario y cumpl[e] con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud" (art. 14). En consecuencia, en el artículo 23 de la misma ley se destaca que "Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) del régimen contributivo y subsidiado deberán atender con la celeridad y la frecuencia que requiera la complejidad de las patologías de los usuarios del mismo. Así mismo las citas médicas deben ser fijadas con la rapidez que requiere un tratamiento oportuno por parte de la EPS, en aplicación de los principios de accesibilidad y calidad correspondiente." A su turno, el artículo 23 refuerza las obligaciones de las EPS con miras a garantizar la integralidad y continuidad en la prestación de servicios de salud. La

norma pertinente preceptúa: “Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) del régimen contributivo y subsidiado deberán atender con la celeridad y la frecuencia que requiera la complejidad de las patologías de los usuarios del mismo. Así mismo las citas médicas deben ser fijadas con la rapidez que requiere un tratamiento oportuno por parte de la EPS, en aplicación de los principios de accesibilidad y calidad correspondiente.”.

En conclusión, señala que si algo caracteriza la Ley 100 y se encuentra reforzado en la Ley 1122, es que las EPS cumplen una labor de garantía para la prestación de servicios en salud y la misma no cesa ni se resume en el Plan Obligatorio de Salud –POS-. En materia de alto costo y enfermedades ruinosas y catastróficas, por ejemplo, el sistema (la Ley 972 inclusive) contempla una serie de medidas con el fin de garantizar la calidad, continuidad y oportunidad que deben ser tenidas en cuenta para el adecuado tratamiento de esas enfermedades. El caso del suministro de medicamentos resulta paradigmático pues es el médico tratante, adscrito a la IPS con la cual ha celebrado contrato la EPS, el que considera que ese medicamento es el adecuado para el tratamiento del paciente y que, además, en el POS existe el listado de los medicamentos para las diversas patologías, con lo cual, si bien el medicamento puede que no esté en el POS, si están los recursos para financiar su suministro (por lo menos en parte).

10. Sobre la existencia de los Comités Técnico científicos. A juicio del Interviniente de las razones adicionales a partir de las cuales la obligación de las EPS no se restringe al cumplimiento de un plan de beneficios (cfr. Ley 972) sino que su labor se extiende a la labor de promoción en el acceso a la salud, con todas las implicaciones que ello tiene, es la existencia de los Comités Técnico Científicos que constituyen instancias de estudio de las solicitudes de los afiliados en cuanto a procedimientos y medicamentos.

El trabajo de estos Comités ha sido regulado en las Resoluciones 5061 de 1997 del entonces Ministerio de Salud y las 2948 de 2003, 3797 de 2004 y 2933 de 2006, las tres últimas del Ministerio de la Protección Social. En ellas se destacan las características de los mismos, su conformación y el trámite al interior de las solicitudes que le son formuladas y el eventual recobro al FOSYGA cuando un procedimiento o medicamento no se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios.

Como lo ha indicado la Corporación, tales Comités tienen las siguientes características:

Constituyen un paso previo pero no obligado para el paciente el cual no le es oponible para no suministrarle el medicamento o procedimiento22. Es un organismo netamente administrativo cuya función principal es garantizar la prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad.23 En consecuencia, no le está facultado prescribir medicamentos y, por ende, no desplaza al médico tratante.24 No obstante, el comité técnico científico sólo podrá cuestionar excepcionalmente dicha orden y, en consecuencia, negar la autorización del medicamento o procedimiento excluido del plan obligatorio, cuando exponga argumentos contrarios a los utilizados por el médico tratante. Estas razones deben fundarse en el concepto médico de especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del usuario.25 Finalmente, la eventual negación del medicamento por parte del Comité no agota la responsabilidad de la EPS frente a su afiliado.26

11. Una vez aclarados algunos temas previos la interviniente indica que al revisar el trámite del proyecto de ley, se observa que la iniciativa contemplaba, en su artículo 2º, lo siguiente:

d) Cuando los afiliados requieran servicios o medicamentos no incluidos en el POS podrán solicitarlos a los Comités Técnico Científicos, constituidos para ello en cada EPS, asegurando que los servicios requeridos sean oportunos;

e) Siempre que se sancione mediante tutela o se autorice a través del Comité Técnico Científico la prestación de servicios no incluidos en el plan obligatorio de salud, serán cubiertos por partes iguales por las EPS y el Fosyga;27

La hipótesis inicial era más drástica pues el financiamiento por partes iguales se producía tanto por acción de tutela o ante la autorización del Comité Científico.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las restantes patologías, en concordancia con la Ley 972, se adopta una disposición a través de la cual se logran dos objetivos de indudable relevancia constitucional. Por una parte, la debida atención en patologías en las cuales la oportunidad y costos comprometen la vida y la integridad física del paciente y, de otro lado, evitar que sea la tutela el mecanismo a través del cual se logre la atención de estos padecimientos, en concreto, el suministro de medicamentos.

Por ello, la norma atacada acude al Comité Técnico Científico con el fin de que se estudie la

hipótesis allí planteada con base en las siguientes premisas:

Está concebida exclusivamente para enfermedades de alto costo. Es decir, tiene en cuenta padecimientos altamente sensibles y asociados a enfermedades ruinosas o catastróficas, en donde se concentra el mayor número de acciones de tutela, como quedó indicado. Estas enfermedades se encuentran definidas en la Resolución 5261 de 1994. Adicionalmente, toma en cuenta la principal causa de estas acciones (para 2005 y que se mantiene para 2007), es decir, la solicitud de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Se observa, entonces, una coherencia esencial en la medida que corresponde a los datos que se tienen sobre la relación entre acciones de tutela y el objeto de las mismas.

A su juicio, es necesario insistir que si el POS contiene todas las patologías posibles es coherente que determine los procedimientos y medicamentos para lograr la cura pues no puede admitirse que el sistema plantee un hiato entre el diagnóstico y su solución. Desde esta perspectiva, se prevé el costo de la solución. Lo que acontece es que, eventualmente, no se incluya el mayor valor de un medicamento especial. En todo caso, como el sistema tiene una alternativa para estos casos (el recobro al FOSYGA), las EPS, además de lo indicado, tienen una razón de más para no sustraerse de esa obligación.

Atendiendo la relación de aseguramiento y la naturaleza de la patología, dispone como obligación de las EPS que, con prontitud, someta al estudio del Comité Técnico Científico la solicitud. Este criterio es un desarrollo adecuado de los principios que gobiernan el sistema de seguridad social en salud entre los que se destacan la integralidad, la continuidad y la oportunidad. Uno de los factores que más complica el tratamiento de las enfermedades ruinosas y catastróficas es la distancia en las autorizaciones para medicamentos, exámenes y otros procedimientos. Si a esto se suma el trámite que debe darse para llegar a un especialista es indudable que el paciente sufre, en la era de la comunicación en “tiempo real”, el rigor del trámite. Adicionalmente, cuando el ciudadano no cuenta con los recursos necesarios para sufragarlos –siguiendo el dictamen del médico tratante que pertenece a la red de prestadores de la EPS-, debe someterse a una espera que empeora su salud y lo puede conducir a la pérdida de su integridad física o a la muerte.

– En primer término, la obligación de la EPS respecto de su afiliado no culmina con la negación de un medicamento. El sistema establece un esquema de protección que no puede

ser desdeñado, menos respecto de enfermedades de alto costo con la gravedad que ello conlleva. Debe desecharse, entonces, el criterio de que se trata de una dádiva, obsequio o conmiseración de la promotora. Por lo tanto, cuando una EPS omite este trámite se está en presencia de una situación anómala.

– En el POS existen las soluciones condignas a los problemas para dar solución a las patologías que se presentan. Por ello, en general, el sistema ya ampara un monto el cual debe ser asumido por la EPS.

– De esta manera, los medicamentos que no se encuentren en el POS no pueden ser asumidos por la totalidad de su costo sino por el mayor valor que involucre porque, de lo contrario, estaríamos en presencia de un pago de lo no debido y un detrimento patrimonial del Estado.

– En consecuencia, el objetivo de la hipótesis que se contempla cuando la EPS no obra de manera acorde con su labor de garantía de la prestación del servicio de salud es el de gravarla por su desidia.

12. De otra parte, en relación con la carga que debe asumir la EPS, debe tenerse en cuenta la Resolución 3797 de 2004 que regulaba lo concerniente al recobro al FOSYGA. La Resolución 2933 de 2006, en relación con el tema dispone lo siguiente:

Artículo 25. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

a) Medicamentos NO POS autorizados por Comité Técnico-Científico. El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y demás Acuerdos que los modifique o adicionen, autorizados por Comité Técnico-Científico, será la diferencia entre el valor facturado del medicamento suministrado y el valor calculado para el o los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se reemplaza(n) o sustituye(n).

Al valor resultante, se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las EPS, EOC o ARS hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y

Copagos, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad;

b) Medicamentos POS ordenados por fallos de tutela para afiliados del régimen contributivo que no han cumplido con los periodos mínimos de afiliación. El valor a reconocer y pagar por concepto de fallos de tutela que correspondan a medicamentos incluidos en los Acuerdos 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y demás Acuerdos que los modifiquen o adicionen en los cuales el afiliado del régimen contributivo no ha cumplido con los períodos de cotización necesarios para que la EPS o EOC garantice su total prestación, será el porcentaje equivalente a las semanas faltantes para cumplir el total de las requeridas según sea el caso (52 ó 100 semanas). Este porcentaje se aplicará al valor facturado por el proveedor.

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

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

No habrá lugar al pago de medicamentos POS para actividades, procedimientos e intervenciones de los planes obligatorios de salud, por aspectos diferentes al contemplado en el presente literal, por encontrarse ya reconocidos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la respectiva Unidad de Pago por Capitación, UPC.

c) Medicamentos NO POS ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones incluidas en los planes obligatorios de salud.

El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en los Acuerdos 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y los demás Acuerdos que los modifiquen o adicionen para las actividades, procedimientos e intervenciones incluidos en los planes obligatorios de salud ordenados por fallos de tutela, será la diferencia entre el valor facturado del medicamento suministrado y el valor calculado para el o los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se reemplaza(n) o sustituye(n).

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

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud, será el 50% del valor facturado del medicamento. En estos eventos, no se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad."

Si bien se trata de una norma de carácter reglamentario, la misma sirve para entender la filosofía que la anima en materia de continuidad, oportunidad y calidad en la atención en salud en cabeza de las EPS y que puede ser tenida en cuenta en este caso. Para lo que nos concierne, cuando el legislador dispuso que los costos serían cubiertos por el FOSYGA en partes iguales es preciso advertir, como lo hace la resolución de ejemplo, que si la EPS omite realizar el trámite previsto en el artículo 14, literal j), de la ley y es condenado por vía de tutela, debe asumir la mitad del mayor valor que cuesta el medicamento suministrado.

13. Ahora bien, la posibilidad de que el Ministerio regule esta materia y especialmente en relación con la oportunidad en el suministro de un medicamento esencial para el tratamiento de una enfermedad de alto costo no menoscaba la constitucionalidad de la norma. Vale la pena recordar que esta clase de aspectos técnicos pueden ser remitidos a un organismo de carácter técnico como en efecto lo ha hecho28. A través de la norma en estudio se persigue expedir una regulación eminentemente técnica, totalmente compatible con las funciones que le han sido asignadas y a su naturaleza de entidad rectora de la protección social entre nosotros.

14. La asunción de obligaciones por parte de la EPS y la naturaleza de lo previsto en el artículo 14, literal j. A juicio de la interviniente, no obstante las funciones sancionadoras de la Superintendencia Nacional de Salud éstas han sido vistas como un simple decorado del sistema y, a veces, las sanciones que se imponen, cuando ello ocurre, no son lo suficientemente ejemplarizantes. En este contexto, la medida establecida en el artículo 14,

literal j), constituye un mecanismo a través del cual el FOSYGA reconoce un pago por los medicamentos allí contemplados en enfermedades de alto costo, de acuerdo con la actuación de la EPS (básicamente si elevó la solicitud o no el Comité). Según se ha indicado, a través de la misma se persigue la normalización de la relación de aseguramiento en un tema tan sensible como lo son las enfermedades de alto costo. En todo caso, aclara que la promotora tendrá la ocasión de realizar las alegaciones a que haya lugar, en el marco de un debido proceso. Debe aclararse, adicionalmente, que el FOSYGA es un fondo cuenta del Ministerio del Protección Social y, por lo tanto, la representación del mismo está en cabeza de esta entidad la cual, de acuerdo con su estructura y funciones, efectuará la revisión respectiva y la decisión administrativa en la materia. En el caso sub judice, se está previendo una salida legítima ante la desidia que se ha apoderado del sistema y que ha desembocado en su judicialización a través de la acción de tutela.

A este respecto señala: "El sistema no puede tratar igualmente desde el punto de vista de los reconocimientos y recobros a quien si realiza cabalmente la labor de promoción que ha asumido frente a aquél que se desentiende de la problemática y deja que sean los jueces quienes lo obliguen. Esta conducta contiene una perversión insoslayable que parece, además, una estrategia. En efecto, las EPS han preferido este mecanismo pues a través del mismo pueden incrementar sus recobros al FOSYGA, a pesar de que el procedimiento o medicamento no se encuentre en el POS, configurando un enriquecimiento sin causa. Este es el debate que actualmente portan como estandarte y que los hace desestimar la jurisprudencia constitucional y los informes de la Defensoría del Pueblo.".

15. Así mismo, para explicar la finalidad de la medida y la razonabilidad de la misma, la interviniente señala:

"Resulta irracional, desde todo punto de vista, exponer la vida de un ciudadano dentro de un sistema con pretensiones de ser garantista. Someterlo a trámites estériles y exigirle que acuda a un mecanismo excepcional para que, luego de algunos meses y por vía judicial, le sea finalmente amparado su derecho. Por el contrario, cuando la persona es el centro de la preocupación y para ello se requiere que la EPS obre de determinada manera con el fin de solucionar la situación en la que se encuentra y producto del diagnóstico dado por un médico de la red de prestadores de la misma, es apenas acertado exigir una conducta acorde con el padecimiento y dar una respuesta en el menor tiempo posible. Esto es no sólo lo racional

sino lo que se ajusta a un sistema de seguridad social en salud como el que nos debe regir. Es vergonzoso para las EPS que sean los jueces y la Corte Constitucional quienes les digan diariamente lo que deben hacer y, no obstante ello y después de casi diez años en esa tónica, quieran continuar con ese esquema perverso que si bien ha logrado remediar la situación de miles de ciudadanos, no constituye el mecanismo endógeno para dar esa respuesta. La acción de tutela es una alternativa de carácter excepcional."

Consideraciones respecto de los cargos de la demanda

16. la interviniente se refiere en primer lugar al cargo del actor en virtud del cual no existe debido proceso cuando se establece una sanción por un hecho no imputable al sancionado (EPS) sino al Comité Técnico científico, en el cual la EPS sólo tiene uno de sus tres integrantes y cuando la sanción opera de plano, pues no existe regulación de causales de exoneración.

Según la representante del Ministerio, "en este caso existe el debido proceso propio a la actuación administrativa y no es imprescindible que el legislador lo señale. Ello se encuentra acorde con el carácter sistemático del ordenamiento pues en la creación normativa debe reconocerse un esfuerzo por adicionar una serie de piezas hacia el conocimiento jurídico de la realidad que se regula más que un proceso de solipsismo jurídico en el acto de expedición de una ley, por ejemplo. Así, ningún acto de autoridad es omnicomprensivo ni se auto contiene en la serie de eventualidades, definiciones y circunstancias en las que se aplica, precisamente porque el derecho, en su pretensión de estudio organizado (arte, para algunos, ciencia, para otros), produce una serie de principios, sistemas de interpretación y consecuencias que son parte del diario cotidiano para quien se "enfrenta" a un precepto. Es lógico concluir que necesita, por tanto, de otras disposiciones y normas que permitan su entendimiento y aún, de los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia por elaborar un paradigma compuesto de ese lenguaje usual que es común a quienes estudian la materia."

De otra parte, señala la interviniente que el reparo del actor sobre la eventual falta de responsabilidad de la EPS, obedece a una lectura incompleta de la norma. A su juicio, la imputabilidad a la misma está en no llevar oportunamente al Comité Técnico Científico el requerimiento no en que el Comité no decida sobre el mismo. Es esa resistencia la que produce la censura.

17. En relación con la tesis del actor según la cual las EPS no son nunca responsables de la atención en salud respecto de lo que no se encuentre en el Pos, la interviniente, con apoyo en las ideas expuestas en la primera parte de su escrito, señala que las obligaciones de las EPS no culminan en el territorio estanco del Plan Obligatorio de Salud. Las mismas asumen una obligación de promoción en salud y, por ende, son un puente entre los afiliados y la prestación de servicios de salud. A su juicio, en el cargo se refleja "la incomprensión de los elementos propios del sistema, su evolución y el drama que actualmente se vive a costa de la judicialización en su devenir, hecho que si bien pasa desapercibido por las EPS no puede inadvertirse por parte del legislador, llamado, en primer lugar y por su especial condición, a adoptar los correctivos para lograr un funcionamiento adecuado del sistema de seguridad social en salud."

18. Respecto a la fijación de las tarifas, indica que han sido las propias EPS las que se han resistido a fijar unas tarifas mínimas, por medio de las cuales se reconozca adecuadamente la prestación de los servicios en salud. El señalamiento de un Manual tarifario, que está en la propia Ley 1122 de 2007 y que igualmente se regula en la Ley 1151 del mismo año, constituye un mecanismo a través del cual "se habla un mismo lenguaje". De esta manera, el sistema no puede reconocer sobreprecios o mayores valores que los que sean señalados.

En todo caso indica que el tema de las tarifas no es el punto central de la norma y por lo tanto, no constituye un cargo contra la misma sino, tal vez, contra las funciones de las CRES. No obstante, al respecto indica que el artículo 7º, numeral 7º, de la Ley 1122 de 2007 forma parte de la ley a través de la cual se efectuaron una serie de ajustes al sistema de seguridad social en salud, creado a través de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se integra a la misma y recibe sus atributos. Por otra parte, al revisar las atribuciones de la CRES, la función no está orientada a señalar los pagos moderadores que se cobran al usuario (art. 7º, numeral 5º, de la Ley 1122 de 2007), ni persigue otro propósito adicional a determinar un Manual de Tarifas por los servicios que prestan las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y los profesionales de la salud. Es indudable que se trata de otra función asignada a la aludida Comisión. Recuerda, entre otras cosas, que las decisiones de la CRES, en virtud de lo indicado por el legislador, están imbuidas de un carácter técnico y deben consultar, entre otros, el equilibrio financiero del sistema (parágrafo 2º del artículo 7º de la Ley 1122).

Finalmente indica que el impugnante deriva su acusación del artículo 14, literal j), hacia el

artículo 7º, numeral 7º, sin que indique un ataque contra este último. En todo caso, y teniendo en cuenta la etiología de la norma, es evidente que el reconocimiento que haga el sistema debe supeditarse a unos lineamientos que el mismo fije y no al capricho y el valor que consideren los eventuales acreedores. De esta manera, también se preserva la integridad de patrimonio público, al cual se ha hecho referencia en varias ocasiones.

CONCEPTO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional intervino en el presente proceso a través de GERARDO ARENAS MONSALVE, profesor de dicha facultad. En su intervención, el profesor Arenas Monsalve solicitó la declaratoria de constitucionalidad de la disposición demandada. Sus argumentos se trascriben a continuación.

1. El sentido de la norma acusada y su relación con la Constitución

Señala el interviniente que la Ley 1122 de 2007 fue expedida por el Congreso de la República con la finalidad, expresada en su articulo 1°, de realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud "teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios". En ese contexto debe examinarse la norma acusada.

El artículo 14 de la ley, hace referencia a la "organización del aseguramiento" en salud, y en ese sentido reitera que las entidades promotoras de salud (EPS) de cada régimen "son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento". Con la finalidad de que las EPS cumplan efectivamente con su función, se fijan en la norma nuevas reglas legales para su operación, una de las cuales se establece en el literal acusado en esta acción.

El aparte acusado (literal j) regula la situación de las enfermedades de alto costo en las cuales se solicita a la EPS el suministro de medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo.

Señala que el no suministro por parte de las EPS de los medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan de beneficios puede originar situaciones de violación de derechos fundamentales de los afiliados. Por tal razón, la Corte Constitucional ha desarrollado una importante doctrina constitucional, señalando que procede la acción de tutela contra la EPS

que ha negado los respectivos tratamientos o medicamentos, a fin de que sea obligada a suministrarlos. Ha señalado igualmente la mencionada doctrina, que en tales eventos, por estar los respectivos medicamentos o tratamientos excluidos del plan de beneficios, las EPS tienen acción contra el Fondo de Solidaridad y garantía – FOSYGA- con la finalidad de que les sea reconocido por el mencionado fondo los costos respectivos, toda vez que no están las EPS obligadas a asumir costos adicionales a los que corresponden a los tratamientos y medicamentos incluidos en el plan de beneficios29.

La norma demandada, sin afectar en nada los derechos del afiliado en la forma como lo ha definido 1a jurisprudencia constitucional, lo que busca es racionalizar la carga financiera del FOSYGA, a través del mecanismo de hacer compartida la responsabilidad de las EPS en las situaciones en las cuales “no estudia oportunamente las solicitudes” o “no las tramita ante el respectivo Comité”, aludiendo al Comité Técnico Científico. Frente a esas situaciones, que constituyen deberes de diligencia de las EPS como entidades administradoras de un servicio público como lo es la seguridad social (C. P., art. 48), la consecuencia para las EPS resulta apenas razonable: si se ordena por acción de tutela el respectivo suministro, “los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el FOSYGA “.

La norma acusada, en consecuencia, lejos de desconocer la Constitución Política, la desarrolla plenamente, estableciendo mecanismos de responsabilidad de las EPS como aseguradores de los riesgos de salud. Tales responsabilidades tienen su fundamento pleno en las siguientes normas constitucionales:

(1) El artículo 1°, en cuanto define el estado colombiano como un Estado social de derecho, que tiene dentro de sus fundamentos el respeto a la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general. En ese contexto, una mayor exigencia financiera a las EPS como la establecida en la norma, dispuesta como consecuencia de no cumplir exigencias mínimas de diligencia y atención de los usuarios, constituye un desarrollo de los citados valores constitucionales que fundamentan el Estado social de derecho.

(2) El artículo 48, conforme al cual la seguridad social es un servicio público obligatorio, en el que participan el estado y los particulares, y sometido a principios como la eficiencia. La norma acusada pretende responsabilizar a las EPS cuando incurren en conductas omisivas respecto de las solicitudes de suministro de medicamentos no incluidos en el POS, lo que

resulta plenamente acorde con el carácter de servicio público de la seguridad social, con las responsabilidades de las entidades privadas del sistema y con el deber constitucional de eficiencia en su gestión.

(3) El artículo 49, en cuanto la atención de salud es servicio público a cargo del Estado, y señala que éste reglamenta las políticas para la prestación de los servicios de salud por parte de los entes privados, teniendo en cuenta que se garantiza el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud. La norma acusada constituye un desarrollo legislativo de esa prestación, dentro de las finalidades de acceso de las personas a los medicamentos que requieran para promoción, protección y recuperación de su salud.

2. Respuesta a los argumentos de la demanda

2.1 Respecto del cargo por presunta vulneración del artículo 29 de la Constitución, el interviniente encuentra que carece de verdadero fundamento constitucional. A su juicio, la demanda discute la constitucionalidad de una norma legal expedida por el Congreso, no a la luz de la Constitución Política, como corresponde estrictamente, sino respecto de normas reglamentarias. No hay, en consecuencia, una formulación del concepto de la violación como lo exige la legislación y jurisprudencia aplicables a la acción pública de inexequibilidad. Con otras palabras, si las normas reglamentarias del Comité Técnico Científico implican afectación de los derechos de las EPS, tales normas pueden ser objeto de acciones de constitucionalidad o de legalidad. Pero no se puede pretender la inconstitucionalidad de una norma legal por no estar acorde con un reglamento administrativo.

2.2. En segundo lugar el interviniente se refiere a la acusación por presunta violación del artículo 49 de la Constitución, según la cual " el responsable de las prestaciones no POS es el Estado", ya que a su juicio "las EPS no son responsables de dichas prestaciones, y no puede el Estado trasladar dichas prestaciones (sic) vía supuestas sanciones a las EPS como se pretende con la norma demandada". A este respecto sostiene que la acusación carece de fundamento por varias razones. En primer lugar, la norma acusada no responsabiliza a las EPS de asumir el costo de los medicamentos no incluidos en el POS: lo hace sólo parcialmente (en un 50%) y solamente cuando se ordena por el juez constitucional el suministro respectivo y la EPS había tenido previamente conductas omisivas: no haber estudiado oportunamente las solicitudes o no las haya tramitado ante el respectivo Comité

Técnico Científico.

En segundo término, la acusación incurre en la misma deficiencia técnica del cargo anterior, es decir, argumenta contra la constitucionalidad de una norma legal con base en los desarrollos reglamentarios del sistema, esta vez respecto de las tarifas mínimas que el Estado fija para reconocer tales costos.

2.3 En tercer lugar se refiere a la acusación por violación del artículo 150 numeral 21 de la Constitución Política según la cual la regulación de la norma demandada "constituye una intervención en la economía", por lo cual la regulación es privativa del Congreso en leyes específicas de intervención económica.

En criterio del interviniente, esta acusación carece de asidero constitucional, porque olvida que la intervención del Estado en la seguridad social tiene reglas constitucionales propias de modo que el asunto nada tiene que ver con las leyes que limitan la libertad económica de los particulares. La seguridad social, lo ha dicho ampliamente la Corte Constitucional, deriva su regulación del carácter del servicio público asignado a la misma, de su condición de derecho irrenunciable y de sus principios constitucionales, y no de la libertad económica de los particulares.

2.4. Respecto al cargo por presunta violación del artículo 334 de la Carta según el cual se violan las reglas constitucionales de la intervención del Estado en la economía, "al remitir a unas tarifas que debe definir la Comisión de Regulación en Salud, aspecto que es del resorte del legislador", encuentra el interviniente que existe inepta demanda por falta del concepto de la violación dado que la demanda alega como fundamento de la inexequibilidad de la norma acusada, la facultad de fijar las tarifas de los reembolsos, aspecto que no fue objeto de acusación en esta acción.

Caben además, las razones de inconducencia de la calificación de la norma acusada como una norma de intervención económica que se hicieron al analizar el cargo anterior.

2.5 Finalmente, sobre el cargo por presunta violación del artículo 365 de la Constitución formula las mismas consideraciones del punto anterior, pues sostiene que el demandante argumenta contra la constitucionalidad de la norma que faculta a la Comisión de Regulación en Salud para fijar tarifas de reembolsos, pero dicha norma no fue demandada en esta

acción.

3. Petición a la Corte

Finalmente el interviniente solicita a la Corte la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada y, adicionalmente, y en aplicación del Principio constitucional de igualdad (art. 13), extender la aplicación de la disposición a los “tratamientos no incluidos en el pos”. A su juicio no parece razonable que la norma se limite a regular exclusivamente la situación de los “medicamentos no incluidos” en el POS, cuando su alcance debe aludir igualmente a los “tratamientos no incluidos”, pues el POS regula los medicamentos y tratamientos y no solamente los primeros. En consecuencia, la norma se queda corta en la regulación de la responsabilidad de las EPS en el suministro de medicamentos, pues debió referirse igualmente a los tratamientos.

INTERVENCIÓN DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL (ACEMI)

Por invitación de esta Corte, la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral intervino en el presente proceso a través de su Presidente Ejecutivo JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTÍZ, para solicitar la declaratoria de inexequibilidad de la disposición demandada, pues en su opinión, resulta violatoria de los artículos 29, 150 numeral 21 y 334 de la Constitución Política, como se expone a continuación.

1. El literal j del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, en sus expresiones presunción de inocencia, derecho de defensa, legalidad y proporcionalidad de la sanción.

1.1 Violación de la presunción de inocencia

A juicio del interviniente la norma demandada establece una sanción consistente en que la Entidad Promotora de Salud – EPS debe cubrir la mitad de los costos cuando no estudia oportunamente una solicitud de medicamento no POS para enfermedades de alto costo, ni las tramita ante el Comité Técnico Científico – CTC, y se obliga el suministro mediante fallo de tutela.

La presunción de inocencia se viola por la norma demandada por cuanto al aplicar la sanción

de plano, sin la existencia de un proceso previo, impide que se demuestre si realmente existió la culpa y si se genera responsabilidad a cargo de la Entidad Promotora de Salud – EPS.

A su juicio toda persona debe presumirse inocente hasta que no se demuestre lo contrario. En desarrollo de dicho principio, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la responsabilidad y la culpa deben demostrarse antes de imputarse una sanción por una infracción administrativa (Sentencia T-463 de 1992). En el caso en estudio, no se prevé la existencia de un proceso en donde la entidad a sancionar pueda dar su versión de los hechos, presentar y controvertir pruebas. De esta manera, la norma demandada no estableció un proceso en el cual se desvirtúe la presunción de inocencia, con la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa, con lo cual procede la declaratoria de inexequibilidad de los apartes demandados.

1.2 Violación del derecho a la defensa

La norma demandada le imposibilita a las Entidades Promotoras de Salud – EPS ejercer el derecho de defensa, en la medida en que impone una sanción de plano, sin que medie un proceso judicial en que puedan presentar y solicitar la práctica de pruebas, así como controvertir las allegadas en su contra. Así mismo, impide que dichas entidades sean debidamente asistidas, lo que implica una violación del principio en mención.

.

1.3 Violación del principio de legalidad de la sanción

La norma demandada establece un supuesto de hecho ambiguo, puesto que permite una doble interpretación: i) Que se sanciona la demora de la EPS en negar las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud – POS y en remitir los casos al Comité Técnico Científico – CTC, o ii Que se sanciona la demora del Comité Técnico Científico – CTC en analizar los casos. Esta situación resulta más preocupante, pues de acuerdo con la normatividad que regula la materia, la EPS no tiene el control de todos los miembros de dicho Comité. Señala que el supuesto fáctico de la norma demandada tiene dos componentes: (1) Que la EPS no estudie oportunamente las solicitudes de medicamentos no POS para enfermedades de alto costo ni las trámite ante el respectivo Comité Técnico Científico – CTC.

(2) Que se ordene la prestación de los mismos mediante acción de tutela.

La primera parte del factum permite dos interpretaciones diferentes:

a. La EPS debe recibir la solicitud y analizarla, lo que implica, en principio, proceder a la negativa de la autorización por cuanto se trata de una prestación que desborda el contenido obligacional al que está ligada, es decir, niega la prestación por cuanto no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud – POS. Posteriormente, si el usuario lo solicita, debe remitir la solicitud ante el Comité Técnico Científico – CTC en el término que la reglamentación disponga, el cual no se encuentra establecido a la fecha. De esta manera, si la EPS se demora más de lo que establezca la reglamentación, incurre en la primera etapa del supuesto de hecho que tipifica la sanción, a saber: "Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité… ".

a. La EPS incurre en la primera etapa del supuesto de hecho cuando el Comité Técnico Científico – CTC no analiza la solicitud dentro del término establecido en la reglamentación, a pesar que la Entidad Promotora de Salud no determina la conformación de todo el Comité, ni tiene el control del mismo.

En efecto, los Comités Técnico Científicos – CTC se integran por tres (3) representantes, de la siguiente manera: Uno (1) de la EPS, uno (1) de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS, y uno (1) de los usuarios (Artículo 1 ° de la Resolución 2933 de 2006 proferida por el Ministerio de la Protección Social). Las EPS no determinan la conformación de los Comités Técnico Científicos –CTC, puesto que su papel se reduce al de realizar una convocatoria abierta entre sus prestadores, asociaciones de usuarios o usuarios, que permita la selección objetiva de los representantes (Artículo 3° de la misma Resolución). En este sentido, es importante señalar que si por causas atribuibles al representante de los prestadores y/o al de los usuarios, el Comité no tramita las solicitudes de manera oportuna, la EPS terminaría siendo sancionada por el incumplimiento de personas que no dependen de ésta, y sobre las cuales la normatividad no establece atribuciones para controlar el cumplimiento de sus funciones.

Cualquiera de las dos interpretaciones expuestas es válida, y las dos se caracterizan por carecer de un elemento circunstancial de tiempo que debe ser establecido por el legislador en atención al principio de legalidad, sin que desarrolle en la más mínima medida el trámite para solicitar prestaciones a través de las autorizaciones de los Comités Técnico Científicos – CTC.

Por su parte, considera que la descripción de la consecuencia jurídica también resulta violatoria del principio de legalidad en la medida en que no establece ningún límite temporal a la sanción.

Ahora bien, la claridad en la determinación de la sanción (tanto del supuesto como de la consecuencia jurídica) es de importancia considerable, teniendo en cuenta que es el sustento del procedimiento que debe aplicar el funcionario correspondiente, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional (T – 011 de 1992).

1.4 Violación "a la legalidad de la conducta"

Para el interviniente, la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad de la conducta se viola por parte de la norma demandada, como se expone a continuación. El Plan Obligatorio de Salud – POS es definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS (Numeral 1 °, artículo 172 de la Ley 100 de 1993). Dicha función será asumida por la Comisión de Regulación en Salud – CRES, una vez ésta entre en funcionamiento (Artículos 3° y 7° de la Ley 1122 de 2007).

Por lo anterior, y no obstante que es el mismo Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS quien debe establecer cuándo una prestación se encuentra incluida en el POS, organismos tales como el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, han intervenido en varias ocasiones para conceptuar al respecto.

De acuerdo con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en comunicación dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud el 18 de febrero de 2004 (anexo copia), para establecer si una prestación se encuentra en el POS, no es suficiente realizar un análisis conceptual, sino que se requiere verificar si la misma se calculó dentro de la Unidad de Pago por Capitación – UPC (prima) reconocida al asegurador (EPS). Lo anterior cuando se expresó:

“De acuerdo con las normas antes relacionadas, es evidente que los contenidos que se les delega a las entidades promotoras de salud, son contenidos frente a los cuales se puede necesariamente predicar su inclusión dentro del cálculo de la Unidad de Pago por Capitación. Desde este punto de vista legal, no basta con argumentar análisis conceptuales o clasificaciones internacionales en el análisis de una disposición para concluir que una prestación o insumo está o no incluida, sino que también es necesario reparar en determinar si en el cálculo de la Unidad de pago por Capitación se tuvo en cuenta esta prestación, conforme lo ha aplicado en sus conceptos este Despacho, pues de lo contrario no se puede exigir el cumplimiento de una obligación no delegada con la correspondiente financiación, conforme el principio de equilibrio financiero”. (Negrita y subrayas fuera de texto).

Recientemente, en concepto emitido a la EPS Comfenalco Valle el 7 de septiembre de 2007, el mismo Ministerio explicó que no es posible realizar interpretaciones de sentido común, en virtud de las cuales todo lo que se requiere para la realización de una prestación que está dentro del POS, se entiende incluido dentro del mismo: “Este Ministerio considera que para determinar el alcance de los contenidos del POS o concluir que una prestación (actividad, procedimiento intervención, medicamento o insumo) está o no comprendida dentro del Plan, no resulta suficiente acudir a análisis conceptuales en relación con la integralidad de la atención o del acto médico como tampoco acudir a argumentos de sentido común tales como que si una actividad está listada en el POS todo lo que se requiera para su realización también debe estar incluido. Por el contrario, conforme lo ha venido aplicando en sus conceptos este Ministerio, para señalar si una prestación está contemplada en el POS, resulta indispensable considerar si dicha prestación se incluyó dentro del cálculo de la Unidad de Pago por Capitación-UPC y la forma y tecnología en que la prestación fue tenida en cuenta dentro de dichos análisis. Para ilustrar como se ha entendido lo referente a este tema, adjunto copia del concepto que le fue remitido a Acemi en fecha junio 6 de 2002, radicación interna No. 21468.”

Por el contrario, el Ministerio de la Protección Social ha señalado en concepto remitido a la EPS Comfenalco Valle, en fecha 26 de abril de 2007, que “la cobertura de todo insumo o elemento biomédico es conexa con la del procedimiento mencionado o descrito en las normas del respectivo régimen”.

Lo anterior significa que la suerte de la EPS dependerá de la posición que respecto de la

inclusión o no de una prestación dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS, adopte la entidad que impone la sanción.

En consecuencia, la falta de claridad y de certeza jurídica respecto de las prestaciones que se incluyen dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS, conduce a que sea la entidad que impone la sanción, quien en cada caso defina cuál es el contenido del Plan y, en consecuencia; establezca a su arbitrio el supuesto fáctico de la infracción administrativa, en abierta violación al principio constitucional de legalidad.

Finalmente, señala que la entidad que impone la sanción no es la misma que define las prestaciones que hacen parte del Plan Obligatorio de Salud – POS; lo cual hace más evidente la violación al principio de legalidad, pues será un ente diferente al competente para establecer el contenido del POS, quien disponga de acuerdo con su opinión, si una prestación se encuentra o no incluida dentro del mismo.

1.5 Violación de la proporcionalidad de la sanción

La sanción establecida por la norma demandada resulta desproporcionada en la medida en que por una demora en un trámite administrativo y sin que exista un supuesto de hecho claramente definido, obliga a las Entidades Promotoras de Salud – EPS, al pago de sumas cuantiosas por término indefinido, y que ponen en riesgo su estabilidad financiera. Para fundamentar este cargo indica que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 1993, señaló que procede la inexequibilidad de la pena por exceso. El exceso se determina mediante el análisis del principio de proporcionalidad. La proporcionalidad se establece entonces como un límite a la potestad sancionatoria del Estado, de tal manera que el legislador debe adecuar la sanción al hecho cometido.

Es claramente desproporcionado que por una demora en la oportunidad del trámite de las solicitudes de medicamentos no POS para enfermedades de alto costo, el cual no se ha definido en su esencia; contenido y temporalidad, se establezca una sanción de una intensidad fuerte, como es la de asumir el costo de mitad de la prestación que no está obligado a entregar.

Es importante tener en cuenta que la sanción en comento implica asumir la mitad del costo de la prestación por el tiempo que el usuario lo requiera, lo cual puede extenderse por

muchos años, con unos costos muy elevados. Tal es el caso de los antirretrovirales para el tratamiento del VII-1/SIDA, ó los medicamentos para la Insuficiencia Renal Crónica, cuyos costos en la mayoría de los casos superan varios millones de pesos al mes.

Por lo anterior, la imposición de una sanción económica en dimensiones financieras exorbitantes, resulta desproporcionada respecto de una conducta consistente en realizar un trámite administrativo por fuera del término que defina la reglamentación, que no se sabe, en conclusión, cual es.

Desde otro punto de vista, la medida resulta desproporcionada toda vez que las Entidades Promotoras de Salud – EPS no perciben ninguna remuneración por el suministro de prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud – POS. El suministro de las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud – POS es una obligación del Estado, que no ha sido delegada a las Entidades Promotoras de Salud – EPS. Es por ello que en la prima de aseguramiento o Unidad de Pago por Capitación – UPC, que se reconoce a las Entidades Promotoras de Salud – EPS por la organización y garantía del Plan Obligatorio de Salud – POS a sus afilados, se tienen en cuenta solamente los servicios incluidos en dicho plan. (Artículo 182 de la Ley 100 de 1993).

Por lo anterior, cuando las Entidades Promotoras de Salud – EPS suministran prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud – POS, el Estado reconoce a lo sumo el costo de las mismas a través de los recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, sin reconocer ninguna compensación por los gastos administrativos por el otorgamiento de la prestación, ni mucho menos por el enorme costo financiero que implica para una EPS pagar las prestaciones no POS y obtener su reembolso después de un año.

2. El literal j del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 viola los artículos 334 y 150 numeral 21 de la Constitución

Para fundamentar esta acusación el representante de Acemi comienza por indicar que existe una expropiación mediante el pago de reembolsos a tarifas mínimas fijadas por la Comisión de Regulación en Salud – Cres.

La seguridad social es un servicio público a cargo del Estado que se garantiza a todos los habitantes (artículo 48 de la Constitución Política). La atención de la salud también es un

servicio público que se encuentra a cargo del Estado, y éste garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (artículo 49 de la Constitución Política).

Mediante la creación del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, el legislador delegó a las Entidades Promotoras de Salud — EPS la prestación del servicio público de salud en el componente denominado Plan Obligatorio de Salud – POS. Ello significa que cuando las EPS resultan obligadas a suministrar prestaciones que exceden el POS, tienen derecho a que el Estado les restablezca el equilibrio económico. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 480 de 1997, señaló lo siguiente:

"En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes."

La norma demandada establece que cuando el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA haga el reconocimiento, lo hará sobre las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud – CRES. Dichas tarifas, por tener el carácter de mínimas, pueden ser inferiores a las que pagan la EPS en la compra de medicamentos en el mercado.

Lo anterior significa que cuando una EPS en virtud de la autorización del Comité Técnico Científico – CTC, adquiere un medicamento no POS en el mercado, el reembolso por parte del FOSYGA se hará con base en la tarifa mínima definida por la CRES, de manera que si dicha tarifa es menor que el valor pagado por la EPS, ésta debe cubrir la diferencia con sus propios recursos.

En este sentido, al obligar a las Entidades Promotoras de Salud – EPS a cubrir la diferencia entre el precio pagado al proveedor y la tarifa mínima fijada por la CRES, se produce una expropiación sin motivo evidente de equidad; y lo que es peor, aún sin que se surtan los trámites pertinentes señalados en el artículo 58 de la Constitución Política.

Continúa su exposición señalando que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución el Estado debe intervenir económicamente en los servicios públicos, entre los que se encuentra el de salud. Para efectuar dicha intervención, se deben precisar claramente los fines, alcances y límites a la libertad económica conforme al artículo 150 numeral 21 Constitucional.

En efecto, la indefinición por parte del legislador sobre los fines y alcances de la medida y sobre los límites a la libertad económica, en relación con lo dispuesto en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, permiten que el Gobierno Nacional – Ministerio de la Protección Social – Comisión de Regulación en Salud, establezca las tarifas mínimas para el reconocimiento de los medicamentos no POS de alto costo, imponiendo dichos fines y límites a su arbitrio.

Unas tarifas mínimas para el reconocimiento de medicamentos no POS, tienen como consecuencia que la EPS deba suministrarlos cancelando los precios existentes en el mercado, pero que a su vez le sean pagados a unas tarifas inferiores.

No obstante, se observa que en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122, no se indican los requisitos constitucionales señalados, aspecto que impide especificar las tarifas mínimas a las que hace referencia la norma en cita, esto es, los parámetros objetivos que servirán para fijar el mínimo o máximo de la tarifa, o del mismo modo, que sistema y método se empleará para su definición. Bajo este contexto, es indispensable que el tema de las tarifas mínimas, aludido en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, sea determinado conforme a lo dispuesto en los artículos 150 numeral 21 y 334 de la Constitución Política.

Intervención de la Superintendencia Nacional de Salud

NANCY ROCIO VALENZUELA TORRES, intervino en el presente proceso en representación de la Superintendencia Nacional de Salud para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada. Comienza su exposición con una serie de comentarios generales para luego referirse puntualmente a los cargos de la demanda.

1. Medicamentos fuera del Plan Obligatorio de Salud.

Para la interviniente, el tema planteado tiene como lugar común uno de los aspectos más

controversiales del Sistema a saber, la cobertura en medicamentos, procedimientos y actividades a que tienen derecho los ciudadanos. Ahora bien, como lo establece la Carta y la Ley 100 de 1993, la salud es un servicio público esencial asociado a derechos fundamentales que se caracteriza por los principios de continuidad, universalidad, integralidad y calidad.

Ahora bien, 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, modificado por el Acuerdo 236 de 2002, publicado en el Diario Oficial No. 45.039, de 19 de diciembre de 2002, establece, en el artículo 8, que "Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo, previa aprobación del Comité Técnico Científico.

Si el precio de compra de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio de compra de los medicamentos que lo reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las entidades obligadas a compensar o ARS. Si el precio de compra excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía".

Así las cosas, es claro que las Entidades Promotoras de Salud y las que se asimilan, están facultadas para autorizar medicamentos no incluidos dentro del Manual de Medicamentos del POS a efectos de garantizar la atención en salud a sus afiliados con calidad, oportunidad e integralidad y, de esta manera preservar la vida, integridad física y salud de los mismos. Lo anterior, sin que medie una decisión judicial, vale decir, la conocida acción de tutela.

Tal y como se mencionó en líneas arriba, el Acuerdo 228 de 2002 faculta a las Entidades Promotoras de Salud y a aquellas que se asimilan, para autorizar el suministro de medicamentos no incluidos dentro del POS. Por su parte la Resolución 2948 del 3 de octubre de 2003, establece el procedimiento por medio del cual el comité técnico científico procederá a aprobar el suministro del medicamento NO POS requerido por el paciente.

Adicionalmente, la Resolución ya referida, frente al procedimiento para el recobro por la asunción de medicamentos NO POS señala:

"ARTÍCULO 9o. PROCEDIMIENTO PARA LA PRESENTACIÓN DEL RECOBRO. Una vez autorizado por parte del Comité Técnico Científico el medicamento no incluido en el Acuerdo 228 del

CNSSS, la EPS del Régimen Contributivo o Subsidiado o la Entidad Obligada a Compensar, EOC, deberá garantizar el suministro del medicamento al usuario y tendrá la posibilidad de solicitar el recobro correspondiente ante el Fosyga, a través del siguiente procedimiento:

Toda solicitud de recobro por concepto de medicamentos autorizados por el Comité debe ingresar a través de la dependencia de correo y radicación del Ministerio de la Protección Social o de la entidad que se defina para tal efecto.

a) Cuenta de cobro o factura de cobro numerada consecutivamente por cada paciente, que en el régimen contributivo deberá dirigirse a la subcuenta de compensación del Fosyga, rubro pago otros eventos y en el Régimen Subsidiado a la Subcuenta de Solidaridad, rubro pago otros eventos, la cual deberá traer diligenciado el formato para la presentación de recobros, el cual que hace parte integral de la presente resolución;

b) Hoja de liquidación de la cuenta de cobro en la que se determine detalladamente, según las especificaciones aquí previstas, el cálculo de los valores reclamados por cada medicamento, según los montos objeto de recobro establecidos en la presente resolución;

c) Una copia del acta del Comité Técnico Científico donde se determine y concluya la autorización respectiva del medicamento no incluido en el Acuerdo 228 del CNSSS, identificando su principio activo, dosis, cantidad y tiempo autorizado. El acta debe contener como mínimo: la fecha de elaboración y número del acta, los datos de identificación del afiliado o paciente, diagnóstico, una descripción y análisis del caso objeto de estudio y la verificación del cumplimiento de los criterios de autorización contenidos en la presente resolución, certificando que estos han sido constatados en la historia clínica del paciente;

d) La solicitud y justificación escrita de cada medicamento, presentada por el médico tratante ante el Comité Técnico Científico, con sus respectivos soportes, la cual deberá contener como mínimo los datos de identificación del paciente, fecha de solicitud, diagnóstico para el cual se prescribe el medicamento, la descripción del caso clínico o resumen de la historia clínica, los criterios de autorización contenidos en la presente Resolución y la identificación del medicamento solicitado determinado principio activo, concentración, forma farmacéutica y registro del Invima, cantidad requerida, efecto terapéutico deseado, tiempo de respuesta máxima esperada, efectos adversos y los posibles riesgos que se deriven de la utilización del medicamento no incluido en el Manual de

Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud;

e) Original debidamente cancelado de la factura de venta expedida por el proveedor, la cual debe ceñirse a lo establecido en el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario. La factura debe identificar la entidad responsable del pago (EPS, o EOC), valor y cantidad del medicamento recobrado y la identificación del afiliado al cual se suministró el medicamento. Cuando la factura incluya el tratamiento de más de un paciente, deberá señalar en forma desagregada la relación que enuncie: el medicamento, la cantidad y valor facturado para cada afiliado certificado por el proveedor;

f) Copia de la fórmula elaborada por el médico tratante con firma y registro médico, la que deberá ser firmada por el paciente o su acudiente con número de identificación como constancia de recibido del medicamento. El anexo de este documento se exceptúa en los casos de medicamentos suministrados a pacientes hospitalizados;

g) Los documentos que el Comité estime conveniente y que sean de ayuda para corroborar el diagnóstico y la indicación terapéutica del paciente como: soportes médicos, ayudas diagnósticas y concepto de otros profesionales.

Igualmente, en los casos que el suministro del medicamento haya sido dispuesto directamente por fallo de tutela, la Resolución 2949 del 2003, establece el procedimiento de recobro ante el Fosyga por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago.

Tal y como se ha venido manifestando, las EPS pueden autorizar el suministro de medicamentos que no se encuentran dentro del listado de medicamentos del POS, situación que produce el hecho generador de la cuenta por cobrar al FOSYGA como ha quedado indicado.

Ahora bien, en los eventos en que la EPS niega el suministro de un medicamento no POS y el usuario se ve en la necesidad de recurrir a la acción de tutela, el reconocimiento de los gastos sufragados por el usuario, se realizará como consecuencia de lo dispuesto en el respectivo fallo de tutela.

Concordante con lo anterior, de conformidad con lo señalado en la Resolución 4568 de 2005,

el recobro al FOSYGA procede, básicamente, en dos situaciones, esto es, por concepto de medicamentos NO POS autorizados por el Comité Técnico Científico de la EPS y por servicios y medicamentos NO POS ordenados por fallos de tutela.

Ahora bien, lo que la norma acusada determina, no como una sanción, como lo pretende ver el actor, sino como la concurrencia a un pago cuando la EPS no estudie ni trámite oportunamente las solicitudes ante el Comité, es lo que está por reglamentar, ello es, entre otras cosas, precisamente lo que no permite determinar si hay o no violación al debido proceso.

2. Funciones del Comité Técnico Científico

De conformidad con lo señalado en el artículo 4 de la Resolución 2933 de 2006, son funciones del Comité Técnico Científico:

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES. El Comité Técnico-Científico tendrá las siguientes funciones:

1. Analizar para su autorización las solicitudes presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, el suministro de medicamentos por fuera del listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas.

3. Realizar evaluaciones trimestrales de los casos autorizados y el seguimiento sobre el resultado de la salud de los pacientes a quienes se les autorizaron dichos tratamientos.

4. Presentar al Ministerio de la Protección Social y a las autoridades competentes cuando estas los soliciten, los informes relacionados con su objeto y funciones.

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en la presente resolución se entenderán por hechos de naturaleza asistencial, los relacionados con la atención en salud en las etapas de prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y grado de complejidad que se definan.

Al tenor de dicha norma, corresponde al Comité Técnico Científico autorizar los medicamentos fuera del POS, debiendo justificar la decisión adoptada. Así entonces, independientemente de que se haya agotado o no la escala de medicamentos del Manual de Terapéutica, al autorizar un medicamento, se deben señalar las razones de la decisión.

En este punto, en Sentencia T-1192 del 25 de noviembre de 2004, se reiteró, frente a las decisiones del Comité, lo expuesto por la Corte Constitucional en otros fallos, de la siguiente manera:

" En sentencia T-053 de 2004, esta Corporación señaló sobre el tema:

"(,,)

Entonces, la Función principal del Comité Técnico Científico, debe ser la de garantizar la atención en salud y no puede concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, pues en la mayoría de los casos, la cantidad de trámites que imponen las empresas promotoras de salud, sin consideración a la gravedad o la necesidad de los tratamientos médicos solicitados, hacen que el paciente se agrave o fallezca en espera de un resultado"

Igualmente, en la Sentencia T-344 de 2002, la Corte manifestó lo siguiente:

"… mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una E.P.S., la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del P.O.S., por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.

Por lo anterior, se desprende que el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para el suministro del medicamento ordenado por el médico tratante".

Dentro del último fallo citado, la Corte continúa afirmando, frente a la dilación injustificada en la entrega de medicamentos ordenados por el médico tratante, lo siguiente:

"La dilación injustificada podría agravar el padecimiento y, eventualmente, llevar la

enfermad a límites inmanejables donde la recuperación podría resultar más gravosa o incierta, comprometiendo la integridad personal e, incluso, la vida del afectado. En consecuencia, es obligación de la entidad prestadora del servicio, adelantar las gestiones en el menor tiempo posible para que el usuario no padezca el rigor de su mal, más allá de lo estrictamente imprescindible

Como conclusión: Cuando la entidad incurre en omisiones como la entrega del medicamento ordenado por el médico tratante y requerido para mejorar la salud de la paciente, vulnera los derechos fundamentales a la salud en conexión con la vida. La demora en el suministro de los medicamentos puede afectar no solo la salud sino incluso la vida de la persona"

Adicional a lo señalado, debe tenerse en cuenta con relación al tema, la Sentencia T-301 del 31 de marzo de 2005, en la cual la Corte Constitucional precisó:

"En reiteradas ocasiones se ha afirmado que la opinión del médico tratante debe prevalecer sobre la de cualquier otro miembro de la E.P.S. debido a que aquél es: el especialista en la materia que mejor conoce el caso. Sin embargo, el Comité Técnico Científico está constitucionalmente autorizado para negar un medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, prescrito por el médico tratante si cumple con los siguientes requisitos mínimos: consultar la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y, la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. Así por ejemplo, no puede en ningún caso fundamentar su decisión exclusivamente en que el medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, no se encuentra incluido en el POS, o en que no se han probado todas las alternativas que ofrece el pos o en que no se vulnera la vida del paciente de manera inminente o en que le falta información para decidir".

Así las cosas, considera que, tratándose de servicios de salud, medicamentos y procedimientos excluidos del POS, debe tenerse en cuenta que está de por medio el derecho fundamental a la vida, evento en el cual las empresas promotoras de salud, como lo señala la norma acusada, deben cubrir su costo en forma compartida cuando la EPS omite su obligación de que la solicitud del medicamento sea estudiada por el Comité. Tales precisiones son fundamentales pues están estrechamente vinculadas al tratamiento y a los cuidados requeridos por una persona, precisamente aquel en que no dan espera.

Finalmente señala que si bien es cierto, que en el Comité Técnico Científico forma parte sólo uno de los tres miembros, también es cierto que el afiliado es responsabilidad de la EPS y corresponde a ella el aseguramiento de este.

3. Inhibición por inepta demanda.

Para la interviniente si bien la acción de control de constitucionalidad, por su origen popular o ciudadano, conlleva un análisis flexible cuando de verificar el cumplimiento de los requisitos se trata, sin embargo, eso no releva al ciudadano a observar las exigencias materiales mínimas fijadas por el legislador para su presentación, con la claridad y precisión suficientes que permitan divisar y resolver un problema jurídico constitucional30. A este respecto recuerda que la formulación de un cargo constitucional es un requisito sustancial determinante e indispensable para el análisis de la constitucionalidad de una norma y para sustentar los cargos de inconstitucionalidad, las razones que se expongan deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, según la doctrina constitucional vigente.

A su juicio, sin embargo, lo que el demandante pretende estructurar como cargo, no se ajusta a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, particularmente en lo que toca con los requisitos de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia.

En efecto, en su criterio, no existe correspondencia entre el texto demandado y los argumentos en que se fundan los reproches de inconstitucionalidad, dado que del análisis de la demanda no se llega a las conclusiones que son base de las acusaciones formuladas. Para fundamentar su aserto sostiene que resulta claro que lo que la norma ha dispuesto es que, " 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." ello significa que la EPS tiene una obligación clara, cual es la de "estudiar oportunamente", de ahí se desprende, la de determinar la procedencia del suministro del medicamento no POS, luego su omisión es precisamente, lo que hace que deba cubrir los costos del medicamento junto con el FOSYGA. Ahora bien, no precisa el impugnante las razones por las cuales las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que establece dicha norma para imponer la "sanción" vulnerarían el debido proceso, razón por la cual estaríamos frente a una inepta demanda, que da lugar a que la Honorable Corte se inhiba en el asunto que nos ocupa.

4. Presunta violación del artículo 49 de la Constitución

La interviniente señala que si bien al Estado le corresponde prestar el servicio público de salud, este lo puede hacer directamente o a través de particulares y puede recurrir a distintos modelos o diseños para concretar estos derechos prestacionales en un determinado sistema de seguridad social. No obstante, la potestad de configuración del Congreso de la República en el sector de la salud tiene unos límites en la misma Constitución Política, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma), como de carácter sustancial, que están determinados por los valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho (dignidad de la persona humana) y en las cláusulas propias del modelo económico de la Constitución (intervención del Estado y planificación económica, propiedad privada y libertad de empresa e iniciativa privada), lo que permite controlar las actividades de los particulares sobre un servicio público que compromete la vida de los seres humanos, así entonces no es cierto que el contenido del Literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 vulnere el derecho a la salud.

Así las cosas, no puede entenderse que la norma acusada vulnera el artículo 49 de la Constitución Política, con la sola afirmación de que, "En lo que se refiere a las tarifas mínimas consagradas en la norma la situación es aún más grave, pues ellas no sólo son inconstitucionales por las razones que se exponen en esta demanda, sino que constituyen una violación a la efectividad del derecho a la salud, toda vez que no existe razón alguna para que una EPS asuma una prestación NO POS la pague a su proveedor a precios de mercado y el que el mismo elabora.". Adicionalmente, no puede entenderse como una sanción, la obligación de un pago compartido cuando se omite una obligación, cual es la de dar trámite a una solicitud de un usuario para que le sea suministrado un medicamento. Aquí también el actor carece de fundamento, nuevamente no determina las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre las cuales pretende fundamentar la violación alegada.

5. Petición a la Corte

Con fundamento en la argumentación que antecede, se infiere que la demanda no tiene una estructura argumentativa apta que permita solicitar a la Corte Constitucional un pronunciamiento de fondo, razón por la cual se solicitará que se declare inhibida para pronunciarse de fondo en relación con los cargos formulados contra el Literal j) del artículo

14 de la Ley 1122 de 2007, por la supuesta violación de los artículos 29, 49, 150, 334 y 365 de la Constitución Política.

Intervención de la FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Por invitación de esta Corte a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, MANUEL GUILLERMO RUEDA SERRANO, profesor de ese claustro universitario intervino en el presente proceso de constitucionalidad para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad parcial de la disposición acusada.

1. El interviniente comienza por recordar las características generales del régimen sancionatorio administrativo dado que en su criterio el principal problema planteado por el actor en la demanda, se refiere a la posible violación de los principios constitucionales que deben orientar dicho régimen.

Al respecto, indica que la Corte Constitucional en muchas oportunidades se ha referido al régimen sancionatorio administrativo, (cita las sentencias C 599/92; C 390/93; C 214/94; C 259/95; C 244/96; C 690/96; C 948/02; C 406/04 Y C 818/05), indicando los criterios que hay que tener en cuenta para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición sancionatoria:

(1) El derecho sancionador es una disciplina que envuelve, como género, al menos cuatro especies de derecho punitivo, así: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. (2) Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales deben ser analizados con menor rigor que en materia penal delictiva. (3) Esta flexibilidad encuentra justificación por la variabilidad y el carácter técnico de las conductas sancionables, que dificultaría la redacción de un listado minucioso por parte del legislador, así como el señalamiento en cada caso de dichos supuestos técnicos o específicos que permitan al propio tiempo determinar los criterios para la imposición de la sanción. (4) Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas

sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa. (5) El principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta, en la medida en que las normas que consagran las faltas deben estatuir también, con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas. (6) Las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferírsele al Gobierno una facultad abierta en esta materia. (7) De acuerdo con el principio de tipicidad, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. (8) En este mismo sentido y respecto del principio de tipicidad, la ley debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición.

2. Teniendo en cuenta lo anterior, analiza el contenido de la disposición demandada. A este respecto, señala que el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 contiene, en lo que importa al estudio que se realiza, los siguientes aspectos:

En segundo lugar, se dispone lo siguiente: “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”. A juicio del interviniente, “esta norma contiene una redacción muy confusa y mezcla, indebidamente, diferentes situaciones. En efecto, en primer lugar la disposición señala una sanción en contra de las EPS cuando éstas no estudien las solicitudes de medicamentos no incluidos en los planes de beneficios. En segundo lugar, parece dar a entender que también se incurre en sanción cuando las EPS no tramiten ante el Comité Técnico Científico la citada solicitud. Y, finalmente, señala que la sanción (el pago de los medicamentos por partes iguales entre EPS y Fosyga) se aplica cuando por vía de tutela se ordene el reconocimiento de los citados medicamentos.

3. A su juicio, se trata de una disposición que, por lo confusa, puede llevar a una aplicación

incorrecta de la sanción allí consagrada y que, en tal sentido, puede llegar a ser violatoria de los principios constitucionales que deben orientar el derecho sancionatorio administrativo, los cuales enunciamos al inicio de nuestro escrito. Añade que carece de fundamento constitucional que se sancione a cualquier persona por hechos no atribuibles a ellos y que, en tal sentido, escapan a su dominio. En el presente caso, puede sancionarse a la EPS por su conducta negligente en cuanto a no tramitar la solicitud de medicamentos ante el Comité Técnico Científico, puesto que esa obligación se encuentra bajo su dominio. Cosa distinta es pretender, como se desprende de la norma, que se de un resultado favorable a dicha solicitud, puesto que, como lo indica adecuadamente el actor, dicho Comité está integrado por algunas personas ajenas a la EPS.

4. En cuanto al reconocimiento de medicamentos y tratamientos no incluidos en los planes de beneficios, abundante ha sido la jurisprudencia constitucional en materia de tutelas, las cuales, palabras más, palabras menos, han coincidido en señalar la obligación de atención por parte de la EPS sin desconocer su derecho a reembolso por parte del Fosyga. En este caso, la norma estaría generando una sanción por una situación que no es atribuible a la EPS puesto que dicha entidad no está obligada al reconocimiento de procedimientos ni medicamentos excluidos del plan de beneficios. No se entiende, entonces, la sanción prevista en la norma, que contraría, en tal sentido, los principios de tipicidad y proporcionalidad consagrados constitucionalmente.

5. Finalmente, la disposición demandada otorga la siguiente facultad al Gobierno Nacional: “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”. A juicio del interviniente, esta facultad debe ser analizada en cuanto al alcance de la norma que sería objeto de reglamentación, así:

(1) Frente a la obligación de las EPS de tramitar las solicitudes de medicamentos no incluidos en los planes de beneficios, se trata de un asunto que, así no existiera la facultad expresa prevista en el literal demandado, podría ser objeto de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, más en materias como el sistema de seguridad social en salud que implican la prestación de un servicio público.

(2) Cosa distinta sucede respecto de la facultad de reglamentación entendida frente a la

sanción derivada de la ausencia de estudio, trámite y atención favorable de la solicitud de medicamentos para la atención de enfermedades de alto costo no incluidos en el plan de beneficios, puesto que, como lo ha señalado la Corte Constitucional: “Las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferírsele al Gobierno una facultad abierta en esta materia, como lo hace el artículo 52 del EOSF. En efecto, esa norma traslada al Ejecutivo la facultad de señalar las sanciones por la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Es cierto que la norma establece un límite, pues indica que las sanciones sólo pueden ser pecuniarias. Sin embargo, a pesar de ese límite, la facultad conferida al Gobierno es abierta, por lo cual, como bien lo destaca la Procuraduría, esa disposición desconoce el principio de legalidad en este campo” (Sentencia C- 1161 de 2000)

6. En virtud de todo lo anterior concluye lo siguiente:

a) En relación con la obligación prevista por el literal demandado a las EPS para que ellas atiendan las solicitudes de medicamentos, no se encuentra ningún reparo desde el punto de vista constitucional;

b) En cuanto a la sanción prevista en la norma, consistente en que las EPS asuman la mitad del costo de los medicamentos cuando por vía de tutela se ordene su reconocimiento siempre que no se haya estudiado y tramitado la respectiva solicitud ante el Comité Técnico Científico, su opinión es que dicha sanción contraría los principios constitucionales que sustentan el derecho sancionatorio administrativo, en cuanto no respetan la tipicidad y legalidad propios de estos procedimientos, a más de señalar una sanción por actuaciones cuya responsabilidad no puede ser atribuible a las EPS.

c) En relación con la facultad de reglamentación que otorga la norma demandada al Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de la Protección Social, su opinión es que dicha facultad no es contraria a la Constitución en cuanto a la potestad reglamentaria relativa a la obligación de atender las solicitudes de medicamentos para la atención de enfermedades de alto costo no previstos en el plan de beneficios. Por el contrario, la facultad dada al Gobierno Nacional para reglamentar lo relativo a la sanción por el incumplimiento previsto en el literal

demandado, excede la potestad del legislador en esta materia, en la medida en que se trata de un asunto de competencia del órgano legislativo y no ejecutivo.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 20., y 278, numeral 50., de la Constitución Política, El Procurador General de la Nación procede a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40, numeral 60., y 242, numeral lo., de la Carta Política, instauró el ciudadano FRANCISCO JAVIER GIL GÓMEZ contra el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 (Diario Oficial 46.506, del 9 de enero de 2007). En el presente aparte se transcriben los más importantes argumentos expuestos en la Vista del Ministerio Fiscal.

Problema jurídico

1. El Ministerio Público comienza por indicar que su intervención se limitará a responder los cargos puntuales de la demanda. En esa medida considera que debe estudiar "si vulneró el debido proceso y la responsabilidad del Estado en la salud, el cubrimiento de costos por partes iguales entre las entidades promotoras de salud y el Fosyga, de medicamentos para el tratamiento de enfermedades de alto costo no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, cuando su suministro sea ordenado por el juez de tutela y la EPS haya omitido la puesta a consideración de los comités técnicos científicos dichos requerimientos". En particular se plantea como sigue los problemas a resolver:

¿La obligación de las entidades promotoras de salud de financiar la mitad de los costos de medicamentos No POS para enfermedades de alto costo por decisiones negativas de los comités técnicos científicos para su suministro, desconoció el debido proceso por imposición de sanciones por hechos no imputables a las EPS; y por no haberse contemplado causales de exoneración ante una sanción que opera de plano?

¿Las sanciones a las EPS por el no suministro de medicamentos No Pos, desconoce la responsabilidad del Estado en la prestación de la salud, por trasladarse, de manera no razonable ni proporcionada, esa obligación a las empresas promotoras de salud mediante imposiciones pecuniarias?

De igual manera, la Vista Fiscal analiza si el pago a las entidades promotoras de salud, de los medicamentos para enfermedades de alto costo no incluidos en el POS, sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud, violó la responsabilidad del Estado en la salud y la intervención económica, de la siguiente forma: ¿El pago a las EPS de los medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo desconoce la responsabilidad del Estado en la prestación de la salud, por realizarlo éste, de manera no razonable ni proporcionada, sobre tarifas mínimas preestablecidas y no a los precios en que fueron adquiridos por las EPS?; ¿Al facultarse a un ente administrativo para que establezca unas tarifas para el sector de la salud, se desconoció la competencia para la intervención económica por tratarse de un asunto propio de la ley?

Debido a que los cargos son puntuales, la intervención de la presente Vista Fiscal se hará en la misma forma.

Aclaración previa: ineptitud sustantiva parcial de la demanda

2. Señala el Procurador que su concepto no se pronunciará sobre el cargo por vulneración del debido proceso por imposición de sanciones a las empresas promotoras de salud por decisiones negativas de los comités técnicos científicos para el suministro de medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo para el tratamiento de enfermedades de alto costo, por falta de certeza del cargo formulado.

Lo anterior, porque no es cierto que a las EPS se les sancione por tales decisiones, sino por la negligencia de presentar la correspondiente solicitud de aprobación ante dicho comité y ser ordenado el suministro de los medicamentos mediante acción de tutela.

3. La misma posición asumirá ante el cargo de desconocimiento de la competencia para intervenir en la economía en relación con la facultad otorgada a la Comisión de Regulación de Salud para definir las tarifas mínimas en el sistema de salud por tratarse de un asunto propio de ley, debido a la falta de pertinencia de tal cuestionamiento. Esto, porque la demanda debió formularse contra la norma que regula las funciones de dicha comisión y no contra la aplicación de dichas funciones.

Sobre la sanción impuesta por la norma: es constitucional pero deben ser declarados responsables todos los miembros del Comité Técnico Científico salvo el representante de los

usuarios

4. En primer lugar el Procurador encuentra que “el trámite de presentar ante los comités técnicos científicos los requerimientos de medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo no vulnera el debido proceso, en cuanto que se trata de un procedimiento de ejecución sumaria para garantizar los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la dignidad humana de los afiliados a las EPS, por lo que no es admisible justificación alguna de incumplimiento.”. En criterio del Ministerio Público. En todo caso, antes de abordar el tema, el Ministerio Público manifiesta el rechazo del uso de la acción tutela como parte implícita institucional del acceso a los servicios de salud en lo que tiene que ver con el suministro de medicamentos para el tratamiento de enfermedades de alto costo, debido a que se trata de una práctica abiertamente inconstitucional consistente en la incorporación de tal acción excepcional como parte del procedimiento ordinario para garantizar el derecho conculcado (Sentencia T-025 de 2004).

5. El procedimiento mediante el cual las EPS deben estudiar y llevar oportunamente a los comités técnicos científicos los requerimientos (del médico tratante) de medicamentos de enfermedades de alto costo es de ejecución sumaria, el cual no admite ninguna excusa porque se trata de una orden del legislador que debe cumplirse lo más pronto posible con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la dignidad de los afiliados a las EPS. Se trata de una actuación administrativa para garantizar la eficacia y continuidad del servicio que no acepta dilación alguna, por lo que no caben causales de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento del procedimiento ordenado por el legislador, como lo pretende el demandante. En ese sentido, dicha figura encuadra dentro de lo esperado en relación con el debido proceso.

6. En lo que sí se observa compromiso del debido proceso por omisión legislativa, es en lo correspondiente a las responsabilidades que caben a todos los intervinientes en dicho procedimiento administrativo, según se desprende del cargo del libelista por la imposición de sanciones a las EPS por hechos no imputables a las mismas sino por las decisiones negativas que llegaren a tomar los comités técnicos científicos.

6.1 El procedimiento indicado tiene un fin directo e inmediato, y otro mediato y consecuencial. El primero consiste en garantizar los derechos a la vida e integridad física de

los pacientes mediante el acceso a la salud. El segundo busca evitar que la protección de dichos derechos se busque por vía de acción de tutela, para no someter a los accionantes y al Estado a incurrir en costos de transacción y no dilatarles el acceso efectivo a la salud.

6.2 Las finalidades indicadas que se buscan alcanzar con el procedimiento administrativo cuestionado se ven comprometidas seriamente porque el legislador omitió definir las responsabilidades que le caben a los comités técnicos científicos por no decidir oportunamente, a nombre del Estado, los requerimientos que oportunamente deben presentar las EPS para que se apruebe el suministro de medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo.

Tales 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, los cuales deben conformarlos las entidades promotoras de salud, de manera tripartita, por un representante de la EPS, uno de la IPS y uno del afiliado.

Según el procurador, como están las cosas, la responsabilidad de las EPS, para evitar tener que asumir el 50% del costo de los medicamentos, se salva en el evento de presentar a los comités técnicos científicos los requerimientos pertinentes. Pero, de ahí en adelante no existe ningún apremio que obligue a los comités a decidir oportunamente los requerimientos presentados y de acuerdo con las necesidades reales de los pacientes afiliados a las EPS.

¿Qué responsabilidad les cabe a tales comités si no deciden, o no lo hacen oportunamente, o deciden negativamente el requerimiento cuando es procedente lo contrario, y mediante acción de tutela se ordena a la EPS el suministro que en la vía administrativa no se efectuó?

7. Adicionalmente, el Ministerio Público señala que el problema por el cual ha hecho carrera el uso de la acción de tutela para que las EPS suministren los medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo, es el relacionado con las dificultades que impone el Fondo de Solidaridad y Garantía para el reconocimiento y pago de las cuentas que presentan las EPS por dicho suministro cuando es ordenado por los comités técnicos científicos, debido al fuerte control de auditoría que se efectúa a las facturas presentadas, mientras que una decisión de tutela no admite cuestionamiento o glosa alguna.

8. Por tanto, la presente Vista Fiscal solicitará a la Corporación declarar exequible el procedimiento administrativo de presentar oportunamente las EPS, ante los comités técnicos científicos, los requerimientos de autorización del suministro de medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo, bajo el entendido que el 50% de los costos de los medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo serán asumidos por partes iguales entre la entidad promotora de salud y la institución prestadora de salud, en caso que el Comité Técnico Científico no estudie y resuelva oportunamente y de acuerdo con las necesidades del paciente los requerimientos presentados por las EPS para la autorización del suministro de tales medicamentos y se obligue a la prestación de los mismos mediante acción de tutela.

También, bajo el entendido que el reconocimiento y pago que debe efectuar el Fondo de Solidaridad y Garantía, de las cuentas que presenten las EPS por dicho suministro cuando es ordenado por los comités técnicos científicos, debe hacerse de manera expedita, admitiéndose cuestionamiento o glosa del FOSYGA a las cuentas o facturas presentadas únicamente en los eventos de ostensible y manifiesta incongruencia o de falta de necesidad de los medicamentos No POS suministrados con base en la autorización de los comités técnicos científicos.

Tales peticiones a la Corte se basan en que las decisiones que deben tomar los comités en relación con la autorización de suministro de medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo las hacen en representación del Estado (descentralización por colaboración armónica), por lo que las mismas deben estar amparadas por el principio de la buena fe, y cubiertas por las responsabilidades que se derivan de la delegación de la función del Estado de autorizar el suministro de los medicamentos referidos.

La responsabilidad del Estado en la prestación de la salud conlleva un tratamiento justo a los agentes del sistema. En esa medida, no resulta razonable ni proporcionado que el pago a las EPS de los medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo se efectúe sobre la base de tarifas mínimas preestablecidas y no a partir de los precios en que fueron adquiridos por las EPS.

9. Para resolver el cargo por falta de razonabilidad y proporcionalidad en la forma establecida para que el Estado pague a las EPS los medicamentos No POS que éstas suministren para el

tratamiento de enfermedades de alto costo, debe analizarse la responsabilidad de aquél en asuntos de intervención económica.

10. La organización política de Colombia se estableció con la finalidad de garantizar un orden justo, lo que implica que el Estado debe proteger los derechos patrimoniales de sus habitantes y facilitarles la participación en la vida económica (Constitución Política, Preámbulo, artículo 2).

La intervención económica debe hacerla el Estado mediante ley, la cual debe expedirse bajo parámetros de justicia, lo que incluye la organización, dirección y reglamentación de la salud (Constitución Política, artículos 49, 338). Desde este punto de vista, la actividad del legislador debe ser razonable y proporcionada.

11. La Comisión de Regulación en Salud tiene como una de sus funciones, la de establecer y actualizar un sistema de tarifas expresado mediante un manual de tarifas mínimas que debe ser revisado o indexado automáticamente cada año con la inflación causada. (Ley 1122 de 2007, artículo 7, numeral 7). (subraya en texto original del Ministerio Público)

Sobre la base de las tarifas mínimas, el Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía paga los medicamentos No POS que las empresas promotoras de salud del régimen contributivo hayan suministrado para el tratamiento de enfermedades de alto costo, mientras que éstas los tienen que suministrar a los precios del mercado.

Según el Procurador, esto es a todas luces contrario a la vigencia de un orden justo en materia de participación en la actividad económica porque el sistema de tarifas mínimas tiene altas probabilidades de presentar desfases frente a los precios del mercado de los medicamentos por la condición de mínimas de las tarifas en si mismas consideradas, por el sistema de revisión anual de éstas, y porque los precios del mercado de los medicamentos son muy dinámicos y variables por la ubicación geográfica, por el comportamiento global de la economía, y por el expendio de los mismos.

Es decir, las empresas promotoras de salud tendrían que suministrar los medicamentos No Pos a pérdida, lo cual iría en contra de la libertad económica y de la eficiencia en la prestación del servicio público de salud, llegando a comprometer los derechos a la vida, a la integridad física y a la dignidad de las personas por el comportamiento racional de los

agentes para evitar asumir el tratamiento de enfermedades de alto costo, con lo cual las fallas de este tipo de regulación finalmente son trasladadas, de alguna manera, a los usuarios, o pueden poner en riesgo la estabilidad del sistema.

El asunto se torna más difícil aún si se tiene que el legislador estableció esa forma de pago sin distingo alguno, lo que significa que se aplicará la misma tanto a los casos atendidos por decisión de los comités técnicos científicos como por providencia de amparo.

Lo lógico es que los cruces de cuentas entre lo que corresponde asumir a las EPS con cargo a los contratos de prestación de servicios POS y lo que cuesta el suministro de los medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo para el caso de enfermedades de alto costo, para que el Estado haga el reembolso de la diferencia a las EPS, debe hacerse sobre la base de los precios a los cuales tuvieron éstas que suministrar el medicamento, lo cual debe soportarse con las correspondientes facturas de adquisición.

Ahora bien, si lo que se trata de corregir son presuntos sobrecostos originados entre el precio de adquisición del medicamento y el que se factura al Estado, los caminos son otros tales como el policivo administrativo y el penal (v.gr. falsedad documental; enriquecimiento ilícito).

Por tanto, la Vista Fiscal solicitará a la Corte Constitucional declarar contrario al orden superior la regla de pago a las EPS del régimen contributivo de los medicamentos No POS que éstas hayan suministrado para el tratamiento de enfermedades de alto costo.

Solicitud

12. Por lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional los siguientes pronunciamientos:

(1) Declarar EXEQUIBLE la expresión “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, bajo el entendido que el 50% de los costos de los medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo serán asumidos por partes iguales entre la entidad promotora de salud y la institución prestadora de salud, en caso que el Comité Técnico Científico no estudie y resuelva oportunamente y de acuerdo con las necesidades del paciente los requerimientos presentados por las EPS para la autorización del suministro de tales medicamentos y se obligue a la prestación de los mismos mediante acción de tutela;

También, bajo el entendido que el reconocimiento y pago que debe efectuar el Fondo de Solidaridad y Garantía, de las cuentas que presenten las EPS por dicho suministro cuando es ordenado por los comités técnicos científicos, debe hacerse de manera expedita, admitiéndose cuestionamiento o glosa del FOSYGA a las cuentas o facturas presentadas únicamente en los eventos de ostensible y manifiesta incongruencia o de falta de necesidad de los medicamentos No POS suministrados con base en la autorización de los comités técnicos científicos.

(2). Declarar INEXEQUIBLE la expresión "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 Salud", contenida en el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

(3) Declarar EXEQUIBLE, en lo demás, el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, únicamente por los cargos de violación del debido proceso, de la responsabilidad del Estado en la salud y de la intervención económica, formulados en la presente acción.

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, corresponde a esta Corporación conocer de la presente demanda, por dirigirse contra un aparte de una disposición que forma parte de una Ley.

Problema jurídico

2. Corresponde a la Corte determinar si lo dispuesto en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, vulnera el derecho al debido proceso de las Empresas Promotoras de Salud, así como los artículos 49, 150-21, 334 y 365 de la Constitución, en los términos que más

adelante se detallan.

3. Antes de resolver los problemas planteados resulta necesario identificar el verdadero alcance de la demanda de constitucionalidad estudiada y adoptar las decisiones que corresponda a las distintas solicitudes de inhibición que, como se señala en los antecedentes de esta decisión, son solicitadas por los distintos intervinientes.

Consideraciones preliminares sobre el alcance de la demanda presentada. Ineptitud sustantiva parcial de la demanda

4. El demandante dice impugnar, en su totalidad, el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007. Esta disposición consagra varias normas estrechamente relacionadas pero con contenido jurídico autónomo e individualizable. En primer lugar señala que en aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el POS, las EPS deberán llevar a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. En segundo término, indica que 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 tercer lugar, establece que el Ministerio de la Protección Social reglamentará dicho artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la ley. En cuarto y ultimo lugar, indica que, 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 Salud.

5. Pese a que la demanda dice impugnar en su totalidad el literal J) mencionado, lo cierto es que sólo ofrece cargos de constitucionalidad contra dos apartes del citado literal. En primer lugar considera que dicha disposición “establece una sanción que constituye una responsabilidad objetiva”, cargo que se orienta exclusivamente contra el aparte de la disposición mencionada según el cual “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 segundo término, el demandante considera que “consagra una remisión a un régimen tarifario definido por la Comisión de Regulación, cuando dicho régimen es una reserva legal”. Este cargo se refiere exclusivamente al aparte final del literal demandado según el cual “cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas

mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud.”. Contra el contenido restante del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 no existe cargo alguno en la demanda.

6. En consecuencia, a pesar de que el actor indica en su demanda que la misma se orienta contra todo el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, lo cierto es que al existir cargos exclusivamente contra los dos apartes arriba trascritos, la Corte se declarará inhibida para conocer del resto de la disposición demandada.

7. Ahora bien, las intervenciones del Ministerio de Protección Social, de la Superintendencia de Salud y de la Universidad Nacional solicitan a la Corte declararse inhibida respecto de los cargos contra el último inciso del literal J) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, según el cual “cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud.”, por ineptitud sustantiva de la demanda. Pasa la Corte a estudiar este asunto.

8. La Ley 1122 de 2007 asignó a la Comisión de Regulación en Salud –CRES- algunas de las funciones de regulación que la Ley 100 de 1993 había asignado al Consejo de Seguridad Social en Salud y le atribuyó nuevas funciones acordes con las reformas que la misma Ley 1122 introdujo al Sistema. Tales funciones se encuentran, especialmente, en el artículo 7 de la mencionada Ley. Adicionalmente, literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, parcialmente demandado, indica que 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 Salud.

Para el demandante esta expresión es inconstitucional en tanto vulnera lo dispuesto en los artículo 49, 150-21, 334 y 365 de la Constitución. Para fundamentar su acusación sostiene, en primer lugar, que las “tarifas mínimas” mencionadas en el literal impugnado vulneran el artículo 49 de la Carta, dado que “constituyen una violación “a la efectividad del derecho a la salud”. A su juicio, “no existe razón alguna para que una EPS asuma una prestación NO POS, la pague a su proveedor a precios de mercado y el Estado responsable de la prestación la pague con base en unas tarifas mínimas que el mismo elabora.”

En segundo término, considera que dicho aparte vulnera el artículo 150-21 CN dado que se trata de “una típica norma de intervención económica”, que fue expedida sin que existiera una “ley previa que defina los fines, alcances y límites a la libertad económica que en dicho

régimen tarifario puede imponer la Comisión de Regulación en Salud.”.

Adicionalmente, encuentra vulnerado el artículo 334 de la Constitución, pues “la medida contenida en la norma demandada no tiene relación alguna con los fines que constitucionalmente se determinan para ejercer la competencia de intervención económica (mejoramiento calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y la preservación de un ambiente sano), ni los específicos del inciso segundo de dicho artículo.”.

Finalmente, considera que se vulnera el artículo 365 de la Constitución, dado que según la citada norma constitucional “la ley es la que debe fijar el régimen jurídico al que se someten los servicios públicos, y un sistema de tarifas hace parte de dicho régimen y por lo tanto no puede ser delegado en una autoridad Administrativa, pues ello implica un desconocimiento de la reserva legal que existe en la materia, y que se consagra en el artículo 365 de la Constitución.”.

El representante de ACEMI, en su intervención, reitera los cargos resumidos. Adicionalmente señala que el pago a las EPS del medicamento suministrado puede ser muy inferior al pago del precio al cual las empresas debieron adquirirlo y, en consecuencia, existe una expropiación de sus recursos. Finalmente el Procurador señala que la disposición parcialmente demandada no vulnera los artículos 150, 334 y 365 de la Constitución, pero si el artículo 2° de la Carta en la medida en que “no es justo” que a las empresas el Estado les reembolse por los medicamentos un valor menor al que han tenido que pagar en el mercado.

9. Tanto el Ministerio de Protección Social como la Superintendencia de Salud y el profesor Arenas de la Universidad Nacional, en sus respectivas intervenciones, solicitan la inhibición de la Corte frente a este cargo, por ineptitud sustantiva de la demanda.

En primer lugar los intervinientes señalan que las facultades de la Comisión de Regulación en Salud –CRES- para definir las tarifas de que trata la disposición parcialmente demandada, los criterios que han de seguir para tales efectos, los recursos que pueden existir para impugnar estas decisiones, la conformación de la propia Comisión y los restantes criterios de actuación y controles a los que se encuentra sometida, directamente relacionados con la facultad de definir las tarifas, se encuentran consagrados en normas distintas a la norma demandada. En

este sentido, por ejemplo, señalan que nada en las disposiciones demandadas permiten suponer que las tarifas que se van a fijar son inferiores a los precios de mercado.

En consecuencia, encuentran que era necesario, para poder hacer el control de constitucionalidad que el actor demanda, que se integrara la correspondiente unidad normativa con las disposiciones que confieren a la Comisión las facultades mencionadas. Como en el presente caso dicha integración no se hizo, la Corte debe proceder a declararse inhibida para fallar.

En este sentido la intervención del profesor Arenas de la Universidad Nacional, señala que la demanda se orienta realmente contra la constitucionalidad de la norma que faculta a la Comisión de Regulación en Salud para fijar tarifas de reembolsos, pero dicha norma no fue demandada en esta acción. A su juicio, la demanda debió formularse contra la norma que regula las funciones de dicha comisión.

Finalmente, respecto de este mismo punto, el Ministerio de Protección Social señala que el origen y la descripción del Manual Tarifario en materia de salud, se encuentra en varios artículos de la propia Ley 1122 de 2007, así como en la Ley 1151 del mismo año. En este sentido, indica que los criterios, procedimientos, límites y controles en la fijación de las tarifas no es el punto central de la norma parcialmente demandada y, por lo tanto, los alegatos de la demanda no son en realidad un cargo contra la disposición acusada, sino contra las funciones de las CRES, especialmente algunas de las consagradas en el artículo 7º de la Ley 1122 de 2007 y las normas que lo complementan. En suma, encuentra que el demandante acusa al artículo 14, literal j) cuando realmente ha debido demandar el artículo 7º de la misma ley y las normas complementarias, sin que siquiera mencione estas otras disposiciones.

Así mismo, los intervinientes indican que los cargos formulados son de una enorme vaguedad hasta el punto en el cual no satisfacen las exigencias constitucionales para que la Corte pueda pronunciarse de fondo. A este respecto señalan que si bien la acción de control de constitucionalidad, por su origen popular o ciudadano, apareja una cierta flexibilidad en el control de los requisitos de procedibilidad, sin embargo ello no releva al ciudadano de observar ciertas exigencias mínimas que han sido claramente identificadas por la ley y la jurisprudencia31. Recuerdan que las razones que se expongan para sustentar un cargo de

constitucionalidad deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, según la doctrina constitucional vigente. Sin embargo encuentran que las razones expuestas en la demanda no reúnen tales requisitos pues no son pertinentes ni suficientes.

Para fundamentar la afirmación señalan que la demanda olvida el hecho de que la intervención del Estado en la seguridad social y especialmente en la prestación del servicio público de salud, tiene reglas constitucionales propias de modo que el asunto poco o nada tiene que ver con las normas generales sobre intervención en la actividad económica. Al respecto, indican que la seguridad social deriva su regulación del carácter del servicio público asignado a la misma, de su condición de derecho irrenunciable y de sus principios constitucionales, y no de la libertad económica de los particulares. Finalmente señalan que no existen argumentos para sostener que la norma demandada no está encaminada al cumplimiento de los fines que el Estado debe perseguir cuando regula un servicio público como el servicio público de salud.

10. La Corte coincide con las intervenciones que acaban de ser reseñadas. Para el demandante el último inciso del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 es inconstitucional por una serie de razones que parecen insuficientes o vagas o que no se relacionan con el texto de dicho inciso.

En primer lugar, el demandante encuentra inconstitucional que la Comisión pueda fijar las tarifas mínimas de los medicamentos No Pos. Sin embargo, no demanda las normas que asignan a la Comisión de Regulación en Salud la función de establecer y actualizar el sistema de tarifas, ni el método y los criterios que debe seguir la Comisión para ejercer tales funciones32. En consecuencia, no existe en la demanda una adecuada identificación e integración de la unidad normativa.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos de fondo, el que parece ser el cargo central de la demanda, compartido por ACEMI, consiste en sostener que la disposición demandada autoriza a la Comisión a fijar tarifas expropiatorias. Sin embargo, lo cierto es que no hay nada en esta disposición que permita sostener que la ley está autorizando a la Comisión a establecer tarifas de esta naturaleza. Por el contrario, tal y Como la Corte ya ha tenido oportunidad de señalarlo, otras disposiciones legales establecen los criterios de fijación de

dichas tarifas sin que ninguno de ellos pueda inducir a una interpretación como la que ha sido formulada en la demanda33. En consecuencia, encuentra la Corte que la norma, en si misma, no tiene el contendido que la demanda y el interviniente impugnan.

Ahora, si en ejercicio de sus competencias la Comisión vulnera estos principios y produce un daño ilegítimo, las personas o entidades afectadas podrán acudir a los mecanismos de defensa que el ordenamiento jurídico arbitra para tales efectos. Lo que debe quedar claro, como ya se señaló, es que la norma no tiene el contenido normativo que le asigna la demanda.

Las restantes razones contra el inciso final del literal J) antes trascrito no son pertinentes o resultan vagas e imprecisas. Como se señala en las intervenciones reseñadas y en la sentencia C-955 de 2007 citada, las leyes que regulan la prestación de los servicios públicos y especialmente el servicio público de salud tienen un régimen constitucional especial que el actor olvida por completo34. Al respecto, no puede dejar de señalar la Corte que uno sería el juicio de constitucionalidad – y por lo tanto las razones pertinentes para impugnar sus normas – sobre una ley que permite definir tarifas o precios de productos suntuarios del mercado, mientras otro es el juicio que se aplica a la ley que autoriza a una Comisión de Regulación la definición de tarifas para la prestación de un servicio público35. Nada de esto se refleja en los cargos de la demanda, los cuales parecen asimilar la norma demandada a una ley ordinaria de intervención económica olvidando su especial carácter. Por esta razón, buena parte de los argumentos aportados por el demandante resultan, en realidad, poco pertinentes.

Finalmente, existen argumentos vagos e imprecisos como aquel según el cual la norma parcialmente demandada no esta orientada a satisfacer “los fines de la intervención del Estado en la Economía”. Este argumento, aparte de su enorme vaguedad, pierde de vista las múltiples finalidades de esta intervención, especialmente, cuando se trata de regular la prestación de los servicios públicos en condiciones adecuadas. Nada de esto se explica en la demanda, cuyas afirmaciones difusas y poco claras no alcanzan a configurar un verdadero cargo de constitucionalidad contra la norma demandada.

Por estas razones, la Corte se declarara inhibida para conocer de los cargos contra el último inciso del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

11. En virtud de lo anterior, la Corte se limitará a estudiar 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” contenida en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, dado que sólo contra esta expresión existe un cargo de constitucionalidad soportado en razones suficientes, claras y pertinentes.

Finalidad de la disposición parcialmente demandada

12. La Ley 1122 de 2007 fue expedida por el Congreso de la República con la finalidad expresa de mejorar sustancialmente la prestación de los servicios de Salud (artículo 1°). Uno de los temas de mayor discusión en el trámite de la ley fue el referido a la necesidad de lograr el aseguramiento integral y la prestación eficiente del servicio y, al mismo tiempo, descongestionar el aparato judicial que se ha visto desbordado por los reclamos de los usuarios de este servicio a través de la acción de tutela.

Con este propósito, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, al cual pertenece el literal J) parcialmente demandado, hace referencia a la “organización del aseguramiento” en salud, y reitera que las entidades promotoras de salud (EPS) “son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento”. Para lograr el aseguramiento integral y la prestación eficaz del servicio por parte de las EPS, en el artículo 14 se adoptan una serie de disposiciones destinadas a corregir los problemas más evidentes de funcionamiento del sistema. Una de tales disposiciones es la contenida en el literal J parcialmente demandado.

Dicho literal, se refiere al trámite que debe darse a la solicitud de un medicamento necesario para una enfermedad de alto costo, cuando no se encuentra en el POS. Siguiendo jurisprudencia reiterada de esta Corporación y disposiciones administrativas preexistentes36, este literal señala que en aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el POS, corresponde a las EPS, de manera inmediata y sin más trámite, ponerla a consideración del respectivo Comité Técnico Científico. Para garantizar el cumplimiento de esta responsabilidad, la misma disposición señala que si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación correspondiente mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos, por partes iguales, entre la EPS responsable del incumplimiento y el Fosyga. Con ello se busca que las

mismas empresas adopten procedimientos ágiles y expeditos que sirvan para prevenir la ocurrencia de daños irreparables sobre las personas que sufren enfermedades catastróficas o de alto costo.

Finalmente, con la finalidad de evitar distorsiones, despilfarros o eventuales fraudes, la disposición parcialmente demandada señala que el reconocimiento del pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud. No obstante la creación de esta Comisión, su integración y funcionamiento y los criterios que debe seguir para la definición de tales tarifas se encuentran en otras disposiciones que no fueron objeto de la presente demanda37.

13. En la Plenaria del Senado se motivó, como sigue, la expedición de la disposición demandada:

Palabras de la honorable Senadora Dilian Francisca Toro Torres. (…)

El otro tema es, Senador que (…) hay que acudir a una tutela para que le presten el servicio. Qué vamos hacer y hay un artículo muy específico allí, en el proyecto de ley, en donde si una persona viene a una EPS a que le presten un servicio no POS, y la EPS en lugar de atenderlo le dice que vaya a poner una tutela como está sucediendo, pues, si la persona va y pone la tutela, y le aceptan la tutela la EPS tendrá que pagar el 50% de esa atención, pero si la persona va, si la persona va a la EPS. (…) Entonces si la persona llega a la EPS y no le dan la atención inmediata, o sea llega con un problema de alto costo, y resulta que en la EPS no le prestan el servicio, si lo hace por tutela le va a tocar pagar a la EPS el 50%, pero si la EPS, cuando llega la persona con el problema, lo lleva a Comité Científico Técnico y le da el servicio inmediato para que haya una oportunidad en el servicio, puede recobrar al Fosyga el 100% de atención. Con esto vamos a lograr que la oportunidad de los servicios de salud se dé, y que las EPS puedan darle ese servicio sin necesidad de que se acuda a una tutela. 38

14. La trascripción anterior demuestra claramente que la disposición parcialmente acusada respondía fundamentalmente a dos necesidades urgentes. La primera, evitar los trámites administrativos y dilaciones injustificadas en el sistema de salud que pudieran afectar los derechos fundamentales de los usuarios. Y la segunda, afrontar la práctica, ya constatada por esta Corte, según la cual algunas aseguradoras exigen a sus asegurados la interposición de acciones de tutela como requisito para acceder a la solicitud de entrega de medicamentos

para enfermedades catastróficas o de alto costo, cuando estos no estuvieren en el POS. Ello, pese a que el Estado ya ha reconocido el derecho al recobro de estos medicamentos al FOSYGA, cuando los mismos han sido autorizados por el Comité Técnico Científico.

Al respecto, el Ministerio de Protección Social citando un importante informe de la Defensoría del Pueblo señala que el elevado número de tutelas en materia de salud se debe a dos fenómenos: la eficacia de la acción y "la negativa continuada de los aseguradores, principalmente, en garantizar el acceso a los servicios de salud generando un desequilibrio evidente en la relación de salud (asegurador-asegurado) y el desespero ciudadano en recibir una pronta solución a un padecimiento. En este mismo sentido recuerda como según el mismo informe de la Defensoría del Pueblo, una de las principales causas de las acciones de tutela en materia de salud es la solicitud de medicamentos de alto costo:

"El hecho mismo de tener que acudir a una acción de tutela y que sea en virtud de una decisión judicial que se suministre un medicamento o procedimiento y que, además, comprometa a cerca de 70 mil ciudadanos al año, conduce a pensar que existe una anomalía en el sistema y que, a pesar de las disposiciones que se han adoptado, es necesario expedir medidas con un mayor grado de coercibilidad y plantear soluciones expeditas al interior mismo del sistema. Es más, si bien los accionantes por vía de tutela han encontrado solución a sus padecimientos, existe un cúmulo de ciudadanos que, por desconocimiento u otra causa, no han acudido a dicho trámite y, en cierta medida, se encuentran en situación de desigualdad frente a quienes la han interpuesto. Hay un rasgo de selectividad que impide que, a pesar del precedente judicial (desconocido por las EPS), se adopte una solución general. De otra parte, y al interior mismo de la administración de justicia, se observa que este esfuerzo por enderezar las amenazas a los derechos fundamentales retrase las otras áreas en las que éste se manifiesta y genera una congestión judicial.". Y más adelante señala:

"Resulta irracional, desde todo punto de vista, exponer la vida de un ciudadano dentro de un sistema con pretensiones de ser garantista. Someterlo a trámites estériles y exigirle que acuda a un mecanismo excepcional para que, luego de algunos meses y por vía judicial, le sea finalmente amparado su derecho. Por el contrario, cuando la persona es el centro de la preocupación y para ello se requiere que la EPS obre de determinada manera con el fin de solucionar la situación en la que se encuentra y producto del diagnóstico dado por un médico

de la red de prestadores de la misma, es apenas acertado exigir una conducta acorde con el padecimiento y dar una respuesta en el menor tiempo posible. Esto es no sólo lo racional sino lo que se ajusta a un sistema de seguridad social en salud como el que nos debe regir. Es vergonzoso para las EPS que sean los jueces y la Corte Constitucional quienes les digan diariamente lo que deben hacer y, no obstante ello y después de casi diez años en esa tónica, quieran continuar con ese esquema perverso que si bien ha logrado remediar la situación de miles de ciudadanos, no constituye el mecanismo endógeno para dar esa respuesta. La acción de tutela es una alternativa de carácter excepcional."

15. En suma, la disposición parcialmente demandada tenía la doble finalidad de promover el acceso integral y oportuno a los medicamentos no POS necesarios para tratar enfermedades catastróficas, incentivando a las mismas empresas a que adoptaran procedimientos ágiles y expeditos que sirvieran para prevenir la ocurrencia de sufrimientos insoportables o de daños irreparables sobre las personas que sufren estas enfermedades, y descongestionar al sistema judicial.

Realizadas las consideraciones anteriores procede la Corte a resolver la demanda de la referencia.

Problemas jurídicos y breve referencia a la doctrina de la Corte sobre el derecho al debido proceso administrativo

16. El demandante, el representante de Acemi y el profesor Rueda Serrano, de la Universidad del Rosario, encuentran que la norma demandada vulnera el derecho al debido proceso. Tal vulneración se produce en la medida en que la norma establece una sanción por una causa que no le es imputable a la EPS sino al comité técnico científico (CTC), a pesar de que la Entidad Promotora de Salud no determina la conformación de todo el Comité, ni tiene el control del mismo. Al respecto el demandante indica: "No es posible que exista debido proceso cuando se establece una sanción por un hecho no imputable al sancionado (EPS) sino al Comité Técnico Científico, en el cual la EPS sólo tiene uno de tres de sus integrantes, y cuando la sanción opera de plano, pues no existe regulación legal de causas de exoneración, y las mismas no pueden ser objeto de potestad reglamentaria, porque estaríamos excediendo la ley objeto de reglamentación.".

Adicionalmente, consideran que la norma demandada vulnera el principio de legalidad. A su

juicio la hipótesis de hecho de la disposición admite, al menos, dos interpretaciones, pues la responsabilidad de la empresa puede surgir bien por que ha dejado de surtir un trámite interno, ora porque el Comité Técnico Científico ha sido negligente. A esta segunda hipótesis se refiere el cargo mencionado en el párrafo anterior. Sin embargo, incluso si se establece que la responsabilidad de la EPS no se deriva de la actuación del Comité sino de su propia actuación, no resulta claro en que momento se configura dicha responsabilidad. A este respecto, señalan que se vulnera el principio de legalidad porque el incumplimiento queda sometido, finalmente, al incumplimiento de un trámite interno que no está definido por la ley sino por una autoridad administrativa.

En tercer lugar, el representante de Acemi considera que el derecho a la presunción de inocencia se viola por cuanto la aplicación de la sanción de plano, sin la existencia de un proceso previo, impide que se demuestre si realmente existió la culpa generadora de responsabilidad a cargo de la Entidad Promotora de Salud, y que las Entidades Promotoras de Salud – EPS puedan ejercer su derecho de defensa. Señala que por esta razón se viola el derecho de defensa y de contradicción garantizado en el artículo 29 de la Carta.

Finalmente, tanto el actor como algunos de los intervinientes encuentran que la disposición demandada establece una sanción desproporcionada pues, a su juicio, la demora en "un simple trámite administrativo" puede dar lugar a enormes costos financieros que causan un notable perjuicio a las empresas aseguradoras.

17. En virtud de los cargos mencionados la Corte deberá resolver cuatro cuestiones distintas. En primer lugar deberá establecer si la norma vulnera el principio de legalidad por establecer – a juicio del demandante – un supuesto de hecho vago e impreciso cuya definición dependerá, finalmente, de un acto reglamentario posterior. En segundo término, deberá la Corte indicar si es cierto que la norma consagra la imposición de una sanción por responsabilidad objetiva, es decir, a causa de un acto que no es imputable a quien resulta finalmente sancionado. En tercer término debe la Corte establecer si la norma vulnera el derecho de defensa y contradicción de las EPS o impone una sanción de plano violatoria del debido proceso. Finalmente deberá la Corte definir si la medida de que trata la norma parcialmente demandada es desproporcionada. Previa la respuesta a las preguntas planteadas procede la Corte a recordar brevemente su doctrina sobre la aplicación del derecho constitucional fundamental del debido proceso al procedimiento administrativo.

18. El artículo 29 de la Constitución consagra lo que se ha denominado “el debido proceso constitucional”, es decir, el contenido constitucional mínimo del derecho fundamental al debido proceso. Según dicha norma, las garantías del debido proceso constitucional se aplican a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas39. Así las cosas, la Constitución extiende las garantías propias del derecho penal a ámbitos sancionatorios tales como el Derecho contravencional, el Derecho disciplinario, el Derecho correccional, el control de las profesiones, entre otros40. Sin embargo, como la Corte lo ha señalado, lo anterior no significa que todas las garantías del debido proceso constitucional deben aplicarse con idéntico rigor a todos los ámbitos judiciales o administrativos, pues ello desconocería las particularidades o diferencias que se atribuyen a cada uno de los ámbitos del ejercicio del poder público.

En efecto, las garantías procesales mencionadas en el artículo 29 deben ser aplicadas a todos los procesos pero con importantes matices41, introducidos en atención a diferencias relevantes. Las diferencias que según la doctrina constitucional vigente ameritan un tratamiento diferenciado son, en principio, los siguientes42: (i) la entidad de los bienes jurídicos afectados con la sanción; (ii) la afectación más o menos intensa que supone, para esos bienes jurídicos, la sanción respectiva; y, (iii) el carácter general de las normas, comparadas con las penales, esto es, el universo de los sujetos a que está destinado el mandato cuyo incumplimiento acarrea la imposición de la sanción. 43

Al justificar el trato diferenciado en virtud de estos criterios ha dicho la Corporación:

“[E]ntre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias importantes. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física u otros valores de tal entidad, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones que tienen determinados deberes especiales (…) De conformidad con lo expuesto anteriormente, la potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente y por sus fines de la potestad punitiva penal”44.

19. En virtud de los razonamientos anteriores, la Corte ha entendido que los estándares

aplicables a los procedimientos administrativos pueden ser menos exigentes que los aplicables al proceso penal. Por esta razón, la Corte ha encontrado ajustado a la Carta que algunas de las medidas administrativas – como multas u otras medidas correctivas – impuestas por la autoridad administrativa tengan lugar después de un procedimiento que es menos exigente que el proceso penal.

Así ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia C-046 de 2001, en la cual se consideró suficiente para entender satisfecho el derecho a un debido proceso, la garantía de las siguientes condiciones: el principio de legalidad; el derecho a un recurso efectivo contra la decisión; el derecho a presentar descargos, a aducir pruebas y a contar con una resolución escrita y motivada.

Una vez realizadas las consideraciones anteriores procede la Corte a estudiar los cargos de la demanda.

Presunta violación del principio de legalidad por imprecisión y vaguedad del texto de la norma demandada

20. El principio de legalidad indica, como se sabe, que una persona – natural o jurídica – sólo puede ser sancionada con ocasión de la aplicación de una ley previa que determine de manera clara las causales que dan lugar a la sanción, los procedimientos que deben seguirse para ese fin y la autoridad competente para adoptar (y/o ejecutar) tal decisión.

Algunos de los intervinientes sostienen que la norma parcialmente demandada según la cual "Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes – las de medicamentos no Pos necesarios para tratar enfermedades de alto costo – 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", vulnera el principio de legalidad. A su juicio, no establece un supuesto de hecho claro. Procede la Corte a estudiar este asunto para lo cual deberá establecer si tal norma tiene un sentido claro y determinado.

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 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 impugnable 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 pagado45.

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.

Según ACEMI la aplicación de la medida a los medicamentos No Pos conduce a vulnerar el principio de legalidad dado que no resulta claro qué medicamentos tienen esta condición y cuáles no los tienen. Sin embargo, la Corte encuentra que tanto la Ley 100 de 1993 como la presente ley ordenan a las autoridades competentes definir los medicamentos que se encuentran dentro del Plan de Beneficios (Acuerdo 228 de 2002, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud). En consecuencia, la eventual discusión sobre la interpretación de las respectivas normas reglamentarias no constituye una razón suficiente para argumentar que la disposición parcialmente demandada vulnera el principio de legalidad por ausencia de claridad de la conducta debida46.

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 199447.

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 afecten48. Su funcionamiento ha sido regulado por las Resoluciones 5061 de 1997 del entonces Ministerio de Salud y 2948 de 2003, 3797 de 2004 y 2933 de 2006, las tres últimas del Ministerio de la Protección Social. En las Resoluciones mencionadas, pero especialmente en la última de ellas, se destacan las características de los Comités, su conformación, el trámite que deben dar a las solicitudes que le son formuladas y el eventual recobro al FOSYGA cuando ordenan un procedimiento o medicamento que no se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios.

25. Los Comités están conformados por las entidades promotoras de salud, de manera tripartita así: un representante de la EPS, uno de la IPS y uno del afiliado. Sin embargo,

deben someterse al trámite y procedimientos definidos por la EPS49.

De conformidad con lo señalado en el artículo 4 de la Resolución 2933 de 2006, son funciones del Comité Técnico Científico las siguientes:

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES. El Comité Técnico-Científico tendrá las siguientes funciones:

1. Analizar para su autorización las solicitudes presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, el suministro de medicamentos por fuera del listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas.

3. Realizar evaluaciones trimestrales de los casos autorizados y el seguimiento sobre el resultado de la salud de los pacientes a quienes se les autorizaron dichos tratamientos.

4. Presentar al Ministerio de la Protección Social y a las autoridades competentes cuando estas los soliciten, los informes relacionados con su objeto y funciones.

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en la presente resolución se entenderán por hechos de naturaleza asistencial, los relacionados con la atención en salud en las etapas de prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y grado de complejidad que se definan.

Tal y como lo establece la norma trascrita, corresponde al Comité Técnico Científico autorizar los medicamentos fuera del POS, debiendo justificar la decisión adoptada. La autorización tiene dos efectos: la entrega del medicamento y la autorización para el recobro al Fosyga. Como ya se mencionó, la primera función es importante pero no es necesaria, es decir, las EPS pueden entregar medicamentos No Pos cuando por otra vía han encontrado que el suministro es urgente y el Comité no ha sido suficientemente diligente en el trámite de la solicitud. Sin embargo, según las normas vigentes, la segunda función se convierte en un paso obligado para solicitar el recobro.

26. En este punto resulta relevante recordar la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza y funciones de los Comités y sobre las razones que deben aportar para que resulte legítima la decisión de no autorizar un medicamento urgente que ha sido recetado por el médico tratante cuando éste no se encuentra en el Pos.

En primer lugar, la Corte ha indicado que se trata de una instancia administrativa que tiene la función principal de garantizar la prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad50. En este sentido, como ya se ha reiterado, el paso por el Comité no puede convertirse en una barrera burocrática de acceso al servicio de salud. Por esta razón la Corte ha indicado que la decisión del Comité, especialmente en casos urgentes, puede ser un paso previo pero de ninguna manera obligatorio para que el paciente pueda acceder a los servicios requeridos. Por lo anterior, en casos de urgencia no se puede oponer la ausencia de este trámite para no suministrar un medicamento o tratamiento51.

En este sentido, como ya se mencionó, ante la negligencia del Comité, la EPS tiene la responsabilidad de atender oportunamente al usuario y entregarle el medicamento No Pos que requiera cuando exista la obligación constitucional, legal o reglamentaria de hacerlo. Cosa distinta es que sólo pueda cobrar dicho medicamento al Fosyga cuando el Comité lo hubiere autorizado. Al respecto ha dicho la Corporación:

"(L)a Función principal del Comité Técnico Científico, debe ser la de garantizar la atención en salud y no puede concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, pues en la mayoría de los casos, la cantidad de trámites que imponen las empresas promotoras de salud, sin consideración a la gravedad o la necesidad de los tratamientos médicos solicitados, hacen que el paciente se agrave o fallezca en espera de un resultado"52

Adicionalmente la Corte ha señalado que el Comité no desplaza al médico tratante, pero puede cuestionar excepcionalmente las decisiones de aquel y negar la autorización del medicamento o procedimiento excluido del plan obligatorio. Sin embargo, esta decisión sólo será constitucionalmente legítima cuando tenga fundamento médico suficiente en los términos que adelante se explican. En todo caso, la Corte ha sido enfática al señalar que cualquiera sea la decisión del Comité, ésta no releva de responsabilidad a la EPS frente a su afiliado.53

Para que la decisión del Comité consistente en negar un medicamento o tratamiento no Pos

solicitado por el médico tratante, resulte legítima se requiere que satisfaga, cuando menos, los siguientes requisitos: que se funde en conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) que surja de un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión54. En el mismo sentido, la Corte ha señalado:

"En reiteradas ocasiones se ha afirmado que la opinión del médico tratante debe prevalecer sobre la de cualquier otro miembro de la E.P.S. debido a que aquél es: el especialista en la materia que mejor conoce el caso. Sin embargo, el Comité Técnico Científico está constitucionalmente autorizado para negar un medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, prescrito por el médico tratante si cumple con los siguientes requisitos mínimos: consultar la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y, la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. Así por ejemplo, no puede en ningún caso fundamentar su decisión exclusivamente en que el medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, no se encuentra incluido en el POS, o en que no se han probado todas las alternativas que ofrece el pos o en que no se vulnera la vida del paciente de manera inminente o en que le falta información para decidir"55.

En suma, la Corte ha sido clara en el sentido se indicar que el Comité Técnico Científico, debe respetar, en principio y salvo las razones antes mencionadas, la decisión del médico tratante. Adicionalmente, la EPS debe asumir sus obligaciones constitucionales al margen de la decisión del Comité, es decir que no puede negar un medicamento con la única justificación de que el Comité no lo ha autorizado o que se trata de medicamento No Pos cuando sea evidente que existe la obligación legal o constitucional de suministrarlo.

27. En virtud de la doctrina que ha sido resumida en el Fundamento anterior de esta decisión, la Corte ha indicado que la EPS debe (i) someter con prontitud y diligencia las solicitudes de medicamentos No Pos que le sean formuladas, al Comité Técnico Científico; (ii) definir un procedimiento que obligue a este órgano a satisfacer el mandato de oportunidad que impone la prestación del servicio de Salud; (iii) detectar con rapidez la falta de diligencia del Comité a la hora de resolver casos urgentes – como los que corresponden a las enfermedades catastróficas – y, en estos casos, (iv) omitir el trámite administrativo negligente y atender a la persona enferma con prontitud adoptando los correctivos del caso. Se trata, en suma, de una serie de deberes de diligencia de las EPS como entidades administradoras del servicio

público de seguridad social en salud (C. P., art. 48).

De todo lo anterior, para efectos del presente proceso, resulta relevante reiterar que las Entidades Promotoras de Salud están facultadas para autorizar medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud con la finalidad de satisfacer la atención integral y de calidad en salud a sus afiliados. El trámite ante el Comité Técnico Científico, si bien es deseable no es un paso obligatorio para suministrar el medicamento aunque si lo es para solicitar el recobro al Fosyga56. Sólo de esta manera se evita que el Comité Técnico Científico se convierta en una barrera de acceso a los servicios de salud en condiciones de calidad, integralidad y oportunidad.

28. En virtud de todas las consideraciones anteriores no puede menos la Corte que señalar que el supuesto de la norma parcialmente demandada es suficientemente claro.

En efecto, según la disposición demandada, “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.”. Lo anterior, según una exégesis simple como la que la Corte ha adelantado en los Fundamentos anteriores de esta decisión, significa que la EPS tiene la obligación de tramitar la solicitud de medicamentos No Pos para enfermedades catastróficas, de manera diligente y oportuna. Puede para ello esperar a la decisión del Comité, pero no tiene la obligación de hacerlo. Su obligación legal es la de atender en condiciones de calidad, oportunidad e integralidad a quienes sufran de este tipo de enfermedades. Si la empresa no es diligente y resulta condenada a la prestación a través de una acción de tutela, será acreedora de la medida de que trata la norma parcialmente demandada. Esto, exactamente, es lo que significa la expresión “estudiar oportunamente tales solicitudes”, contenida en la disposición bajo análisis.

Ciertamente, como se afirma en algunas intervenciones, la diligencia con la cual la EPS tramite la solicitud, debe derivarse del diseño y cumplimiento de un procedimiento breve y sumario establecido en un acto reglamentario especialmente diseñado para tales efectos. Si bien pueden existir normas reglamentarias generales destinadas a agilizar la prestación del servicio de salud, lo cierto es que cada EPS podrá tener su propio procedimiento y el Ministerio podrá establecer condiciones mínimas de calidad y eficiencia. Pero nada de esto

compromete la claridad y suficiencia de la norma parcialmente demandada ni su sujeción al principio de legalidad.

29. Sólo en el caso en el cual la empresa hubiere tramitado diligentemente la solicitud y sin embargo, el medicamento se entregue en virtud de una orden del juez de tutela, la Empresa podrá exonerarse de responsabilidad y cobrar la totalidad del valor del medicamento suministrado. La diligencia, como ya se dijo dependerá de la sujeción de la empresa a un procedimiento que satisfaga los criterios de oportunidad, transparencia y calidad, diseñado justamente para evitar que las personas tengan que acudir a la acción de tutela. La inexistencia del procedimiento, su diseño insatisfactorio o su incumplimiento, dará lugar a la medida estudiada. En todo caso, la oportunidad para demostrar la diligencia es justamente el proceso de tutela y, subsidiariamente, la vía gubernativa o contenciosa contra la decisión de reconocer, exclusivamente, el 50% del valor del medicamento. En todo caso, esta decisión deberá ser motivada para que contra ella puedan ejercerse los recursos del caso. Este tema será tratado más adelante en esta decisión.

La presunta existencia de responsabilidad objetiva como presupuesto de la disposición parcialmente demandada

30. Pasa la Corte a estudiar el cargo, referido a la existencia de una sanción a las EPS por un acto no imputable a éstas. Según el demandante, la norma establece la responsabilidad de las aseguradoras cuando el Comité Técnico Científico no da trámite oportuno a la solicitud de entrega de medicamentos. Como el Comité no está integrado por miembros de la EPS ni se encuentra bajo control de la empresa, la imposición de responsabilidad de ésta por un acto de aquel vulnera el artículo 29 de la Carta.

A este respecto la sentencia T-1192 de 2004, citando lo dispuesto en la sentencia T-053 de 2004, señaló:

“El Comité Técnico Científico, pese a su nombre, no es en estricto sentido un órgano de carácter técnico. No se trata, por ejemplo, de un grupo de médicos que tienen como función someter a revisión científica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del P.O.S. La exigencia de que tan sólo uno de los miembros del Comité sea médico, muestra que no se trata de un tribunal profesional interno de la E.P.S. en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe

asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud". (Se subraya)

En estos términos, la función de dicho Comité es meramente administrativa y no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas, razón por la que, la Sala no comparte el criterio expuesto por el ad- quem. (…)

Entonces, la función principal del Comité Técnico Científico, debe ser la de garantizar la atención en salud y no puede concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, pues en la mayoría de los casos, la cantidad de trámites que imponen las empresas promotoras de salud, sin consideración a la gravedad o la necesidad de los tratamientos médicos solicitados, hacen que el paciente se agrave o fallezca en espera de un resultado."57

Más recientemente, en la sentencia T-1063 de 2005, la Corte dijo:

Así, cuando un médico tratante de una EPS formula a uno de sus pacientes un medicamento no previsto en el POS, de conformidad con el artículo 8° del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS "Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones", la EPS podrá autorizarlo previa aprobación por su comité técnico-científico.

Con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición – puesto que no todos sus miembros son médicos – y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que (i) que su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.58

De lo anterior se infiere que los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional.

Sobra aclarar que estos comités sólo emiten conceptos en relación con la provisión de

medicamentos no incluidos en el POS, y no sobre otros servicios también excluidos." (Subrayas y negrillas fuera de texto)59.

32. En suma, según el derecho vigente, la EPS es responsable directamente del suministro de un medicamento No Pos cuando el mismo ha sido solicitado por el médico tratante para contrarrestar una enfermedad catastrófica o de alto costo. El trámite ante el Comité debe servir para que la empresa suministre el medicamento de manera más adecuada y oportuna, no para postergar la decisión. Por lo tanto, si dicho trámite va a dilatar el suministro generando con ello un riesgo insoportable en cabeza del afiliado, la EPS debe suministrarlo y adoptar los correctivos del caso. En otras palabras, el trámite ante el Comité no es requisito necesario para el mencionado suministro. Por eso la omisión de la EPS no puede adjudicarse al Comité aunque éste sea, en efecto, poco diligente. En tales circunstancias, no puede señalarse, como lo hace la demanda, que la norma impugnada sanciona a la EPS por causa del Comité. La medida que consagra dicha norma se aplica sólo cuando la EPS dejó de cumplir, ella misma y no otro órgano, su obligación de diligencia con las personas que sufren enfermedades catastróficas y cuyo derecho no puede depender, como bien lo señala la demanda, de un Comité que no está bajo el control de la empresa aseguradora.

Presunta vulneración del derecho de defensa y contradicción

33. Pasa la Corte a estudiar el cargo referido a la presunta violación del derecho de defensa y contradicción. A este respecto no sobra recordar que el desincentivo de que trata la norma sólo se impone como consecuencia del incumplimiento del deber de diligencia de la EPS y cuando exista un fallo de tutela que le ordene a la empresa cumplir sus obligaciones. Por consiguiente, en el proceso de tutela, la EPS podrá contar con la oportunidad para ejercer su derecho de defensa y contradicción de manera plenamente satisfactoria. En este sentido, los jueces de tutela tienen la obligación de vincular a la empresa accionada de forma tal que ésta tenga la oportunidad de demostrar que ha cumplido con sus obligaciones de manera diligente o que la persona solicitante o no reúne los requisitos para la entrega del medicamento o que se trata de un caso difícil en el cual conceptos médicos expertos aconsejan no suministrarlo o suministrar otro de iguales efectos. Es pues el escenario judicial el primero en el cual la EPS puede hacer valer plenamente su derecho de defensa y contradicción.

Ahora bien, en el caso en el cual una decisión equivocada lleve a la administración a pagar a la empresa sólo el cincuenta por ciento (50%) del valor del medicamento, la empresa contará con todos los mecanismos de defensa administrativos e incluso judiciales para cobrar los recursos restantes y hacer valer su derecho. En todo caso debe señalarse que la decisión de aplicar la medida de que trata la norma demandada debe ser una decisión motivada en la que quede claro que se cumple el supuesto de hecho de la norma: la falta de diligencia de la empresa que conduce a la orden de suministro del medicamento por parte del juez de tutela.

Por las razones anteriores, no encuentra la Corte que la adopción de la medida estudiada, como consecuencia de una decisión judicial en la cual la empresa pudo hacer valer su derecho de defensa, vulnere la Constitución. Menos aún cuando la medida debe adoptarse a través de acto motivado contra el cual pueden utilizarse la totalidad de los recursos administrativos y judiciales que el ordenamiento arbitra para tales efectos.

Frente a las restantes afirmaciones de la demanda referidas a la presunta inconveniencia de la medida estudiada, resta recordar que la Corte sólo tiene competencia para estudiar si se vulnera la Constitución y no para evaluar las bondades o desventajas que la disposición pueda presentar. Este es un asunto que corresponde al legislador. En consecuencia, frente al cargo que se estudia, basta para el juez constitucional advertir, como se advierte en el presente caso, que las empresas tienen la oportunidad de hacer valer su derecho de defensa y contradicción en el proceso de tutela y que cuentan adicionalmente con la oportunidad de controvertir el acto administrativo a través del cual se ordena el pago del 50% del valor del medicamento ordenado por el juez de tutela.

Presunta vulneración del principio de proporcionalidad

34. Según el demandante y algunos de los intervinientes, el incentivo negativo establecido en la norma parcialmente cuestionada resulta desproporcionado. A su juicio, “por una demora en un trámite administrativo” se obliga a las Entidades Promotoras de Salud – EPS, “al pago de sumas cuantiosas por término indefinido, y que ponen en riesgo su estabilidad financiera.”. Se trata de una solicitud de inconstitucionalidad de la pena “por exceso” en los términos de la sentencia C-591 de 1993. A su juicio, es claramente desproporcionado que por una demora en la oportunidad del trámite de las solicitudes de medicamentos no POS para

enfermedades de alto costo, se establezca una sanción de una intensidad tan fuerte, como la de asumir el costo de mitad de la prestación. Tal es el caso, según el demandante, “de los antirretrovirales para el tratamiento del VII-1/SIDA, ó los medicamentos para la Insuficiencia Renal Crónica, cuyos costos en la mayoría de los casos superan varios millones de pesos al mes.” (subraya original). Adicionalmente señala que la medida es desproporcionada dado que las EPS no perciben ninguna remuneración por el suministro de prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

35. La norma que se estudia persigue, como ya se mencionó, mejorar la prestación del servicio de salud. Para tales efectos impone una carga financiera importante para las aseguradoras que no cumplan adecuadamente sus obligaciones de diligencia. El extremo enjuiciado en este aparte es el de la proporcionalidad de dicha medida financiera. Para tales efectos la Corte deberá adelantar un juicio de proporcionalidad. Ahora bien, en este caso la exigencia del juicio de proporcionalidad no puede ser leve o débil pues de una parte se trata de una regulación relacionada con la prestación de un servicio público destinado a satisfacer un derecho constitucional y, de otra, la medida estudiada apareja un desincentivo que puede llegar a tener un alto impacto financiero en las empresas a las cuales se aplique60. Sin embargo, no procede someter la medida a un juicio estricto de proporcionalidad61, dado que en este campo, como ya ha sido reiterado, el legislador cuenta con un amplio marco de configuración legal y la medida no limita ni compromete, en principio, el alcance del derecho social al cual se refiere. Por el contrario, lo que persigue es que el mismo se preste en condiciones de calidad, universalidad y solidaridad. En consecuencia, procede la Corte, como ya lo ha hecho en otras oportunidades a evaluar la proporcionalidad de la medida demandada aplicando un juicio de intensidad intermedia, según el cual basta con que la medida persiga un fin legítimo (o no prohibido por la Constitución) y que resulte realmente conducente para alcanzarlo, para que, en principio, la misma deba ser respetada por el juez constitucional.

36. Como ha sido tantas veces mencionado, la medida estudiada persigue que las empresas promotoras de salud cumplan de forma diligente con la obligación que la ley les impone de entregar a quienes sufren enfermedades catastróficas o de alto costo los medicamentos que requieren para frenar su avance o paliar dolores insoportables. En pocas palabras, se trata de evitar la muerte o la indignidad extrema de personas enfermas sometidas a largos, engorrosos e innecesarios trámites administrativos. Adicionalmente, la medida persigue

descongestionar el sistema judicial hoy evidentemente recargado por la interposición de cientos de miles de acciones de tutela de personas a quienes sólo les suministran el medicamento al cual tienen derecho, previa la correspondiente decisión judicial. La finalidad, en consecuencia, no sólo es legitima sino que resulta acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Constitución y con la protección del derecho a la salud (CN art.49).

De otra parte, es razonable concluir que la medida es efectivamente conducente para alcanzar la finalidad perseguida, pues crea un incentivo fuerte para que las aseguradoras diseñen mecanismos y procedimientos ágiles y expeditos que les permitan prestar un servicio oportuno y de calidad a sus usuarios. Adicionalmente, establece una consecuencia muy relevante para las aseguradoras que continúen con la práctica de solicitar a sus usuarios la interposición de una acción de tutela como condición para la entrega de un medicamento al cual tienen derecho. En consecuencia, puede sostenerse que se trata de una medida realmente idónea para alcanzar las finalidades constitucionales perseguidas.

Finalmente, no encuentra la Corte, a diferencia de lo que sostiene el demandante y el representante de las aseguradoras, que se trate de una medida abiertamente desproporcionada. A juicio de la demanda y de ACEMI, la norma impone una gravísima sanción por la simple demora en un trámite administrativo. Es cierto, que la imposición de la medida puede llegar a tener consecuencias financieras muy significativas. Sin embargo se trata de salvar vidas humanas; de evitar la indignidad a la que se somete a una persona que se ve afectada por dolores insoportables; y de descongestionar el aparato judicial y permitir así que un recurso escaso como la justicia pueda llegar de mejor manera a más personas en Colombia. No parece entonces que la norma se refiera a una simple e intrascendente omisión administrativa.

En este sentido, la Corte diciente del argumento del demandante y del representante de ACEMI. Este “simple trámite administrativo” es nada menos que la aprobación del suministro de medicamentos de enfermedades de alto costo que, como las que se indican en la propia demanda – “antirretrovirales para el tratamiento del VII-1/SIDA, ó los medicamentos para la Insuficiencia Renal Crónica” – son urgentes para evitar que muera una persona o que se ocasionen sobre su salud daños irreparables o sufrimientos insoportables. Por lo anterior, resulta cuando menos extraño que tanto el demandante como Acemi afirmen que se trata

del incumplimiento de una simple formalidad. En suma, a pesar de que la medida puede aparejar un importante impacto financiero para las empresas que incumplan sus obligaciones, lo cierto es que de lo que se trata es de proteger bienes de una innegable magnitud constitucional, (como la vida y la dignidad de personas gravemente enfermas). Por tal razón no parece desproporcionada.

Ahora bien, la discusión sobre si la medida debe ser distinta, si una medida menos costosa puede obtener la misma finalidad o si la misma es inadecuada o inoportuna es una discusión que corresponde exclusivamente al legislador y que escapa, por las razones que han sido mencionadas, al juicio de constitucionalidad.

Presunta vulneración del artículo 49 de la Constitución. Inhibición por inepta demanda

37. Para el demandante la disposición demandada vulnera el derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución. En criterio del demandante el citado artículo establece a cargo del Estado y no de las EPS la obligación de atender a las personas en todo aquello que no esté cubierto por los planes de salud a cargo de las aseguradoras. Encuentra que la disposición demandada autoriza al Estado a desprenderse de esta obligación y por ello se vulnera el citado artículo 49 constitucional.

Sin embargo, todas las intervenciones recibidas, con excepción del concepto del representante de Acemi, se oponen a la tesis del actor e incluso solicitan la inhibición de la Corte.

En efecto, de una parte la intervención del profesor Rueda Serrano de la Universidad del Rosario indica:

“(L)a citada disposición (la norma parcialmente demandada) establece una obligación a cargo de las EPS, en los siguientes términos: “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.”. Se trata de una típica obligación de hacer, ordenada por el legislador para lograr que las solicitudes que se presenten ante las EPS sean debidamente tramitadas por dichas entidades. Frente a este punto ningún reproche constitucional se encuentra. Por el contrario, se busca proteger los derechos de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en

Salud frente a posibles abusos que puedan realizar la EPS.

A su turno, para la Superintendencia de Salud es tan poco clara la demanda en este punto y tan distante su argumento de lo dispuesto por la Carta, que encuentra que no satisface las exigencias materiales mínimas para dar curso al estudio de fondo del cargo planteado62.

El Ministerio de Protección Social indica que la tesis del actor según la cual las EPS no son nunca responsables de la atención en salud respecto de lo que no se encuentre en el Pos, se funda en una comprensión completamente equivocada del Sistema. A su juicio "las obligaciones de las EPS no culminan en el territorio estanco del Plan Obligatorio de Salud. Las mismas asumen una obligación de promoción en salud y, por ende, son un puente entre los afiliados y la prestación de servicios de salud.". Considera que el cargo refleja "la incomprensión de los elementos propios del sistema, su evolución y el drama que actualmente se vive a costa de la judicialización en su devenir, hecho que si bien pasa desapercibido por las EPS no puede inadvertirse por parte del legislador, llamado, en primer lugar y por su especial condición, a adoptar los correctivos para lograr un funcionamiento adecuado del sistema de seguridad social en salud.".

Finalmente, para el profesor Arenas de la Universidad Nacional de Colombia, la norma acusada pretende simplemente responsabilizar a las EPS cuando incurren en conductas omisivas respecto de las solicitudes de suministro de medicamentos no incluidos en el POS, lo que resulta plenamente acorde con el carácter de servicio público de la seguridad social, con las responsabilidades de las entidades privadas del sistema y con el deber constitucional de eficiencia en su gestión.

38. La premisa de la cual parte el actor podría resumirse como sigue: el artículo 49 de la Carta asigna responsabilidades claras al Estado y a las EPS, de forma tal que una ley que redistribuya tales responsabilidades en contra de lo dispuesto por dicha norma violaría la Constitución.

Sin embargo, el artículo 49 de la Carta no tiene el contenido que el demandante le asigna. En efecto, según la citada disposición constitucional la atención de salud es un servicio público a cargo del Estado pero establece que este establecerá "las políticas" para la prestación del mismo cuando esté a cargo de los entes privados. Es entonces la ley y no la Constitución, la que asigna a los agentes del sistema de salud las distintas responsabilidades sin que en

ninguna parte se prohíba, como lo hace esta ley, que se asigne a las aseguradoras privadas la atención integral de sus asegurados. En consecuencia, los cargos de la demanda, en punto a la presunta violación del artículo 49 de la Carta, carecen de la claridad, certeza y pertinencia necesaria para dar curso a un juicio de constitucionalidad.

39. Podría sin embargo sostenerse que lo que el actor señala es que la ley está asignando a las empresas privadas la obligación de financiar el suministro de los medicamentos que no se encuentran en el Pos cuando se cumplen las circunstancias de hecho en ella descrita. No obstante, esta premisa tampoco resulta cierta ni pertinente. La ley es clara en el sentido de señalar que la financiación de los medicamentos No Pos entregados a los asegurados le corresponde al Fosyga. Sin embargo, establece una sanción para aquellas empresas que no cumplan diligentemente su función de intermediación y con ello pongan en riesgo la vida y la dignidad de la persona enferma y congestionen el sistema de administración de justicia. En este sentido debe recordarse que la medida sólo se aplica cuando se ordena por el juez constitucional el suministro del medicamento y la EPS había faltado previamente a su deber de diligencia.

40. Finalmente, la Corte no es competente para acceder a las solicitudes especiales formuladas por algunos de los intervinientes y por el Ministerio Público. Algunas de tales solicitudes, como las formuladas por el Profesor Arenas de la Universidad Nacional de Colombia63, se refieren a cargos que no fueron formulados en la demanda y respecto de los cuales, por consiguiente, no existió una adecuada controversia constitucional. En consecuencia mal puede la Corte pronunciarse al respecto. Otras de tales solicitudes pretenden que la Corte introduzca regulaciones administrativas que según los intervinientes tendrían a mejorar u optimizar la prestación del servicio. No obstante, tampoco tiene la Corte competencia para pronunciarse sobre estos asuntos en sede de control constitucional.

No sobra, en todo caso, recordar que ya existe una consolidada y reiterada jurisprudencia constitucional en materia de protección del derecho a la salud, especialmente en cuanto se refiere a la protección integral de las personas que sufren enfermedades catastróficas o de alto costo. Como se sabe, tal jurisprudencia debe ser atendida por los distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que la prestación del servicio se adecue a los imperativos constitucionales mínimos en la materia.

Por último y en referencia a las solicitudes del señor Procurador, cabe señalar que todo lo que acá se ha dicho, debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad de los distintos agentes del sistema respecto del cumplimiento efectivo y diligente de sus deberes legales y constitucionales. En consecuencia, resulta claro que los órganos reguladores no pueden desentenderse de los problemas que puede estar generando una insuficiente o inadecuada regulación de los trámites administrativos en los cuales se soporta la satisfacción adecuada del servicio de salud en condiciones de calidad, universalidad y solidaridad, tal y como lo ordena la Constitución.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: Declarar 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.

Segundo: INHIBIRSE de fallar respecto del contenido restante del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

IMPEDIMENTO ACEPTADO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-316 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

COMITE TECNICO CIENTIFICO-Instancia de carácter administrativo (Aclaración de voto)

MEDICO TRATANTE-Profesional calificado para determinar lo que necesita el paciente/MEDICO TRATANTE-Su criterio debe prevalecer frente a decisión del Comité Técnico Científico (Aclaración de voto)

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Consecuencia por incumplimiento del suministro oportuno de medicamentos No Pos (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ESTRICTO-Aplicación (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-6927

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 por medio de la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Magistrado Ponente:

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a la decisión adoptada en la presente providencia, con fundamento en las siguientes razones y consideraciones:

1. En primer lugar, para el suscrito magistrado es necesario insistir en que el médico tratante es el profesional calificado para determinar lo que necesita un paciente, independientemente de que sea o no un medicamento, o cualquier otra prestación médica, para enfermedades de alto costo, y que por esta razón el criterio del médico tratante es el que debe prevalecer frente a la decisión que pueda adoptar el Comité Técnico Científico, organismo que constituye simplemente una entidad de carácter administrativo, cuyo trámite no puede obstaculizar o impedir la prestación del servicio de salud requerido por el usuario.

2. En segundo lugar, me permito expresar mi acuerdo con la declaración simple de exequibilidad, ya que no se deben poner condiciones que no señaló el legislador ni someter el ejercicio del derecho a una etapa previa, para que el ciudadano pueda acudir al juez de

tutela. A mi juicio, se debe resaltar que en este caso el juez de tutela ya se ha pronunciado, por lo que el derecho es incontrovertible y no se puede desconocer. En este sentido, concuerdo plenamente con que la norma acusada es constitucional.

3. De otra parte, en relación con la consecuencia económica prevista en la disposición demandada, considero necesario observar que la disposición tal como está redactada no distingue entre dolo y culpa de parte de las EPS, y que de todos modos la negligencia es una de las modalidades de culpa. Sin embargo, considero conveniente no hacer calificación alguna de la consecuencia que implica para la EPS el no suministro oportuno del medicamento, pues en realidad el legislador contempló la omisión por parte de las EPS sin hacer calificación alguna.

4. Finalmente, me permito aclarar mi voto también, en relación con la posición jurídica del suscrito magistrado sostenida en numerosas oportunidades, respecto de la tradición constitucional norteamericana y la tesis que contempla la posibilidad de aplicar diferentes test de constitucionalidad con grados distintos de intensidad, tesis que no comparto ya que considero que el control de constitucionalidad siempre debe ser el mismo, esto es, un control estricto que analice la armonía de los contenidos normativos demandados con el ordenamiento superior.

Con fundamento en las anteriores razones, aclaro mi voto a la presente sentencia.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

|

1 Cfr. El Tiempo, 24 de septiembre de 2007.

2 Cfr., entre ellos, LA TUTELA Y EL DERECHO A LA SALUD, 2003-2005, Defensoría del Pueblo, Bogotá, D.C., 2007.

3 Al respecto se pueden consultar los Boletines Jurídicos elaborados por esa entidad, números 2 septiembre-octubre de 2005 y 4 enero-febrero de 2006.

4 Una muy pequeña muestra de esta afirmación se desprende de las sentencias T-597/93; T-075/96; T-286/98; T-046/99; T-887/99; T-179/00; T-618/00; T-016/01; T-360/01 ; T-373/01 ; T-414/01; T-421/01 ; T-635/01; T-889/01; T-1018/01; T-1071/01 ; T-1081/01; T-1121/01; T-1310/01; T-1313/01; T-094/02 ; T-436/02 ; T-1019/02 ; T-564/03 ; T-860/03 ; T-1141/03 ; T-110/04 ; T-978/05 ; T-314/05 ; T-612/05 ; T-037/06 .

5 Se pueden confrontar las sentencias. T-026/07, T-028/07, T-038/07, T-060/07, T-085/07, T-102/07, T-121/07, T-127/07, T-260/07, T-261/07, T-299/07, T-353/07, T-388/07, T-411/07, T-417/07, T-469/07.

6 Op. cit., pág. 57. Se resalta, paréntesis fuera del texto.

7 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Acta de Plenaria 31 de 28 de noviembre 2006. SENADO DE LA REPÚBLICA. Subrayado fuera del texto.

8 Artículos 49, 64, 300 y 366.

9 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-663 de 28 de noviembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galíndo.

10 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-542 de 1º de octubre de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara. En el mismo sentido la sentencia C-710 de 6 de julio de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-599 de 21 de octubre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia. C-616 de 13 de junio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Se resalta.

13 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-615 citada.

14 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-791 de 24 de septiembre de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

15 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-331 de 29 de abril de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

16 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-130 de 19 de febrero de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

17 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-921 de 29 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

18 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-137 de 28 de febrero de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

20 Como réplica a esta situación, en lo corrido de 2005, la Superintendencia sancionó a varias EPS y entidades adaptadas por no cumplir, en su momento, los planes de promoción y prevención durante 2001. Las sanciones cobijaron a una buena cantidad de EPS como CAFESALUD, SOS, SANITAS, SOLSALUD, COOMEVA, HUMANA VIVIR, FAMISANAR, COLPATRIA, COMFENALCO ANTIOQUIA, CÓNDOR, entre otras.

21 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-860 de 25 de septiembre de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

22 Recientemente, cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-500 de 29 de junio de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido la sentencia T-165 de 8 de marzo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-130 de 22 de febrero de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto. Igualmente, sent. T-461 de 7 de junio de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

24 Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-130 de 22 de febrero de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

25 Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-130 de 22 de febrero de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

26 Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-523 de 12 de julio de 2007, M.P. Clara

Inés Vargas Hernández.

27 Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, GACETA DEL CONGRESO 249 de 26 de julio de 2006, proyecto de ley 01/06 (C) “por medio de la cual se reforma la Ley 100 de 1993 en materia de salud. Proyecto: por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 48, 49, 356 y 357 de la Constitución Política”

28 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-805 de 1º de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido se pueden consultar las sentencias C-917 de 29 de octubre de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

29 Sentencias SU-480/97, T-041/01, T-878/02, entre otras.

30 Corte Constitucional Sentencia C-1031 de 2002.

31 Corte Constitucional Sentencia C-1031 de 2002.

32 A este respecto resulta relevante indicar que mediante sentencia C-955 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de varias disposiciones relacionadas con el tema que acá se estudia. En primer lugar la Corte declaró la exequibilidad de la expresión “Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES), contenida en el artículo 3° de la Ley 1122 de 2007”, por los cargos examinados. En segundo lugar, la Corte se pronunció sobre el numeral 7° del artículo 7 de la Ley 1122 de 2007, según el cual, Son funciones de la Comisión de Regulación en Salud “Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada”. La Corte declaró exequible la norma citada por los cargos estudiados, algunos de los cuales resultan idénticos a los formulados en la presente demanda. Los cargos formulados en la demanda contra el numeral 7 del artículo 7 mencionados, que fueron estudiados, sin éxito, por la Corte, fueron los siguientes: (1) Que la norma legal acusada (el numeral 7° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007) consagra una forma de intervención del Estado en la economía de aquellas a que se refiere el artículo 334 superior, y que por lo tanto debía precisar sus fines y alcances así como los límites a la libertad económica que de ella

emanan, pues así lo ordenaba el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución. (2) Que en cuanto elimina la libre competencia, la norma acusada afecta el núcleo esencial de la libertad económica, sin que ni en la Ley aprobada ni en el proyecto correspondiente se hubieran expuesto los motivos adecuados y suficientes que justificaran tal limitación, con todo lo cual se desconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política; (3) Que al autorizar a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- para adoptar un manual de tarifas mínimas en el sector salud, se desconoce la composición del Gobierno central definida en el artículo 115 superior; (4) Que las facultades concedidas a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- para adoptar un manual de tarifas mínimas significan un trato desfavorable y discriminatorio para los prestadores privados de servicios de salud, en la medida en que se les niega la posibilidad de estar en condiciones de igualdad con las entidades públicas. La Corte desestimó los cargos antes mencionados pero sin embargo, condicionó la constitucionalidad de la norma demandada a que se entienda que en dicha norma el legislador no autorizó a la Comisión de Regulación en Salud para fijar la tarifa de la tasa por la prestación de los servicios de salud a los usuarios, sino a establecer un sistema tarifario relativo a los pagos que las administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud deben hacer a las instituciones que prestan servicios de salud, y relativo a los honorarios de los profesionales de la salud. Finalmente declaró exequible, por los cargos estudiados, la expresión "La Comisión de Regulación en Salud se financiará con recursos del Fosyga incluyendo la remuneración de los Comisionados, la Secretaría Técnica y los costos de los estudios técnicos necesarios", contenida en el artículo 8° de la Ley 1122 de 2007.

33 Así por ejemplo, en la sentencia C-955 de 2007 al estudiar la constitucionalidad del numeral 7 del artículo 7 de la Ley 1122 de 2007, referido a la facultad de la Comisión de fijar las tarifas que acá se discuten, dijo la Corte: "si bien el texto mismo del numeral 7° del artículo 7° no precisa expresamente cuáles son los "fines y alcances y los límites a la libertad económica", según lo exige el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución, lo cierto es que la interpretación histórica y sistemática o contextual de la disposición sí permite establecer cuáles son dichos fines, alcances y límites. Por esta razón, en esta oportunidad la Corte encuentra que el cargo de inconstitucionalidad fundado en que dicho numeral desconoce tal norma superior no está llamado a prosperar, ya que el legislador sí definió durante el trámite legislativo del proyecto correspondiente, y en otras disposiciones de la misma Ley, dichos fines, alcances y límites, cosa que no sucedía en el caso del artículo 42 de la Ley 812 de 2003, que se había incluido dentro de la Ley aprobatoria del Plan Nacional de desarrollo

2003-2006 y no dentro de una ley íntegramente destinada a modificar el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como la que ahora se examina.

34 Cfr. al respecto la reciente sentencia C-955 de 2007, en la cual la Corte hace un completo recuento de la doctrina constitucional en esta materia.

35 Ibidem.

36 Sentencias SU-480/97, T-041/01, T-878/02, entre otras. Así mismo, en la Resolución 4568 de 2005, se indica con claridad que las EPS están obligadas al aseguramiento integral. Señala que el recobro al FOSYGA por el suministro de medicamentos No Pos procede previa autorización del Comité Técnico Científico de la EPS o por orden de un juez de tutela.

37 Al respecto puede consultarse la Sentencia C-955 de 2007.

38 Cfr. Acta de Plenaria No 31, de 28 de noviembre 2006, SENADO DE LA REPÚBLICA, publicada en la Gaceta del Congreso Número 39, de 9 de febrero de 2007, pags. 23 y 24.

39 Sentencias T-438 de 1992; T-492 de 1992; C-796 de 2005; y finalmente la C-124 de 2003, en la que se hace una relación sucinta de varios pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

40 Cfr. Sentencia C-117 de 2006 y C-827 de 2001. En este sentido ha dicho la Corte: "[E]l ejercicio de la potestad sancionadora del Estado40 (…) se materializa en diversos ámbitos, en los cuales cumple diferentes finalidades de interés general. Algunas de sus expresiones son el derecho penal, el derecho disciplinario, el ejercicio del poder de policía o la intervención y control de las profesiones. Así, esta Corporación ha aceptado el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía la guarda de la Constitución, según el cual el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o "impeachment"40.

41 Sentencia C-796 de 2005.

42 Sentencias C-597 de 1996 y C-827 de 2001.

43 “El derecho penal proyecta sus efectos normativos a todo el conglomerado social y no a un grupo específico o determinado”, Cfr. Sentencia C-796 de 2005. Sin embargo, respecto de la diferente intensidad en la aplicación de los estándares esta misma sentencia señaló: Así, por ejemplo, en lo que atañe al derecho disciplinario, los matices han sido soportados por la Corte acudiendo a tales criterios, como lo recuerda la C-796 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil: “En efecto, mientras que las sanciones penales suelen dirigirse a toda la población y se trata de medidas que de ordinario afectan la libertad física del infractor, las sanciones disciplinarias se dirigen únicamente a los servidores públicos y tienen que ver con el incumplimiento de la función que desarrollan, afectando a aquél con llamados de atención, suspensiones, separación de la actividad pública y la imposición de multas; lo cual sin duda marca una diferencia clara en la actividad sancionatoria de uno y otro derecho, que irradia de alguna manera en la aplicación más o menos rígida de las garantías del debido proceso.”

44 Idem.

45 A través del Acuerdo 228 de 2002, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud actualizó el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, modificado por el Acuerdo 236 de 2002, publicado en el Diario Oficial No. 45.039, de 19 de diciembre de 2002. Según este acuerdo (artículo 8) “Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo, previa aprobación del Comité Técnico Científico.

46 Ver nota 45 anterior.

47 La Resolución 5261 de 1994 en su ARTÍCULO 16 define lo que debe entenderse por enfermedad ruinosa o catastrófica.

48 El Artículo 1º de la Resolución 2933 de 2006 establece la forma de Integración de los Comités Técnico-Científicos así: Artículo 1º. Integración de los Comités Técnico-Científicos. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, y las Administradoras del Régimen Subsidiado, ARS, integrarán un Comité Técnico-Científico, CTC, que estará conformado por un (1) representante de la EPS, EOC o ARS, según corresponda, un (1) representante de las Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, y un (1) representante de los usuarios, que tendrá las funciones que se señalan en la presente resolución. En las IPS funcionarán los Comités de Farmacia y Terapéutica y un miembro de

ellos será el representante de las IPS ante el Comité Técnico-Científico. Según esta norma, los Comités Técnico-Científicos deberán integrarse en cada departamento y distrito donde las EPS hayan sido autorizadas para funcionar por la Superintendencia Nacional de Salud. En todo caso, deberán garantizar la oportunidad y la facilidad de acceso de los afiliados al Comité. El representante legal de cada una de las EPS, EOC o ARS, deberá reportar en debida forma a la Superintendencia Nacional de Salud el acta de conformación de los Comités, identificando sus integrantes. Así mismo, deberán reportar las sustituciones que se produzcan, identificando de la misma manera a los nuevos integrantes.

49 Como se mencionó, el Artículo 1º de la Resolución 2933 de 2006 establece la forma de Integración de los Comités Técnico-Científicos así: Artículo 1º. Integración de los Comités Técnico-Científicos. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, y las Administradoras del Régimen Subsidiado, ARS, integrarán un Comité Técnico-Científico, CTC, que estará conformado por un (1) representante de la EPS, EOC o ARS, según corresponda, un (1) representante de las Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, y un (1) representante de los usuarios, que tendrá las funciones que se señalan en la presente resolución.

50 Ver entre otras, las sentencias T-130 de 2007; T-461 de 2007.

51 Confrontar, T-500 de 2007, T-165 de 2007.

52 Sentencia T-1192 de 2004, en la cual se reitera lo dispuesto en la sentencia T-053 de 2004.

53 Cfr. Sentencia citada T-523 de 2007.

54 Cfr. Entre otras, las sentencias T-1192 del 2004; T-053 de 2004; T-344 de 2002.

55 Adicional a lo señalado, debe tenerse en cuenta con relación al tema, la Sentencia T-301 de 2005.

57 Sentencia T-344 de 2002.

58 Ver sobre esta cuestión las sentencias T-344 de 2002 y T-053 de 2004, entre otras.

59 Sentencia T-1063 de 2005. En el mismo sentido, entre otras, Cfr. Las sentencias T-165 de 2007 y T-461 de 2007. Así mismo, la sentencia T-523 de 2007, señala “no es un requisito para la procedencia de la acción de tutela que se haya acudido al Comité Técnico Científico solicitando un medicamento excluido del P.O.S.”. En el mismo sentido, en la sentencia T-500 de 29 de junio de 2007, la Corte señaló que la solicitud del concepto ante el Comité para que se apruebe la provisión del medicamento No Pos, es una carga de la EPS y en ningún momento del paciente.

60 Sobre la intensidad leve del juicio de proporcionalidad ha dicho la Corte: “La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. Esta carga que pesa sobre el legislador, al igual que sobre cualquier autoridad pública y órgano estatal, surge directamente de la razón de ser misma del constitucionalismo que, desde sus orígenes históricos y su consolidación en el periodo de la Ilustración, aspira a lograr que el poder sea ejercido de conformidad con la razón no con la fuerza. De ahí que preguntarse qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin), sean criterios elementales para determinar si la afectación de la igualdad, u otro derecho fundamental, es razonable y, por lo tanto, constitucional o, arbitraria, y, por lo tanto, inconstitucional.” Sentencia C-673/01. Así por ejemplo, en la Sentencia C-539 de 1999 la Corte señaló que la existencia de prerrogativas públicas no se puede justificar sobre la base de argumentos tales como la “peculiar personalidad del Estado” o el “interés público”, sino que es indispensable que se demuestre que con ellas se persigue el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente legítima y que sea útil, necesaria y proporcionada a dicha finalidad, para lo cual es necesario realizar un juicio de proporcionalidad. La Corte en esa ocasión señaló que el juicio de proporcionalidad debía ser débil, en razón a la amplia libertad de configuración de que goza el legislador para regular lo relacionado con asuntos tributarios. Igualmente, en la Sentencia C-624/98, la Corte al examinar la constitucionalidad del artículo 75 de la Ley 222 de 1995, – que prohíbe que los empresarios unipersonales contraten con sus empresas y las empresas unipersonales de un mismo titular contraten entre sí -, aplico un juicio de proporcionalidad débil en virtud del cual las prohibiciones mencionadas resultaban proporcionadas. Así mismo, en la Sentencia C-613

de 1996 la Corte decidió aplicar un test débil de igualdad. En esa ocasión considero que la definición del contenido de los derechos prestacionales es una tarea que compete al legislador y que es realizada en virtud de consideraciones jurídicas, políticas y presupuestales que, en principio, escapan al control de constitucionalidad. Sólo en aquellos casos en los cuales una ley que establezca un derecho prestacional consagre un trato discriminatorio, o vulnere concretos y específicos mandatos constitucionales, puede la Corte formular el correspondiente reproche. En el mismo sentido puede consultarse la Sentencia C-452/05, entre otras.

61 Como lo ha señalado la Corte, sólo deben someterse a un juicio estricto de constitucionalidad aquellas normas respecto de las cuales se invierte la presunción dado que, al menos en principio, parecen contradecir de manera flagrante la Constitución. Se trata, por ejemplo, de normas que utilizan los criterios sospechosos del artículo 13 de la Constitución para establecer diferencias entre las personas o los grupos sociales. Ver referencias nota 60.

62 Corte Constitucional Sentencia C-1031 de 2002.

63 El profesor Arenas de la Universidad Nacional de Colombia solicita a la Corte la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada y, adicionalmente, y en aplicación del Principio constitucional de igualdad (art. 13), extender la aplicación de la disposición a los “tratamientos no incluidos en el pos”. A su juicio no parece razonable que la norma se limite a regular exclusivamente la situación de los “medicamentos no incluidos” en el POS, cuando su alcance debe aludir igualmente a los “tratamientos no incluidos”, pues el POS regula los medicamentos y tratamientos y no solamente los primeros. En consecuencia, la norma se queda corta en la regulación de la responsabilidad de las EPS en el suministro de medicamentos, pues debió referirse igualmente a los tratamientos