

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL Sala Especial de Seguimiento

Referencia: seguimiento a las órdenes de acceso de la Sentencia T-760 de 2008.

Asunto: convocatoria a sesión técnica en el marco del seguimiento a las órdenes 17 y 18.

Magistrado Sustanciador:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., veintiseis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

El magistrado sustanciador, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, dicta el presente auto con base en los siguientes

I. ANTECEDENTES.

1. En la Sentencia T-760 de 2008, esta Corporación impartió una serie de mandatos dirigidos a las autoridades del Sistema General de Seguridad Social en Salud¹, a fin de que se tomaran las acciones pertinentes para corregir las fallas de regulación identificadas a partir del análisis de los casos concretos acumulados.

2. La providencia estructural evidenció diversos inconvenientes que impedían el acceso y goce efectivo del derecho a la salud, entre los cuales destacó: la falta de certeza de los servicios que hacían parte del plan de beneficios; deficiencia en la actualización integral de las tecnologías en salud; desigualdad del entonces POS en los regímenes contributivo y subsidiado; negación de tecnologías incluidas en el plan obligatorio, y carencia de regulación relacionada con el acceso a los servicios que se requerían con necesidad y no se encontraban cubiertos en el POS.

Para contrarrestar estas dificultades, profirió las órdenes 16 a 23, tendientes a: (i) garantizar el acceso a los servicios de salud de toda la población²; (ii) actualizar integralmente los planes de beneficios y continuar renovándolos en forma periódica³; (iii) llevar un registro de servicios negados⁴ y de las EPS que más

¹ En adelante SGSSS.

² Orden 16.

³ Órdenes 17 y 18.

⁴ Orden 19.

vulneran el derecho fundamental a la salud⁵; (iv) unificar el POS en los dos regímenes⁶, y (v) crear un mecanismo de autorización directa para las tecnologías no incluidas y excluidas del plan obligatorio⁷.

3. La Sala de Seguimiento, en su labor de supervisión valoró el acatamiento de las órdenes 17 a 23, para lo cual se valió de la documentación enviada por los responsables del acatamiento de estas directrices, los conceptos emitidos por los peritos constitucionales voluntarios, el personal de apoyo y las entidades estatales.

En virtud de esa función, calificó con nivel de cumplimiento medio⁸ a los mandatos 17 y 18⁹, al estimar que los usuarios y la comunidad médica no participaron de manera efectiva en la actualización del PBS del 2015, además que todas se hicieron de manera extemporánea, desatendiendo los plazos establecidos por la Corte y en la Ley 1438 de 2011¹⁰.

Por otra parte, valoró con nivel bajo¹¹ la directriz atinente al registro de negaciones¹² al advertir irregularidades en los datos recolectados, inexactitud de los motivos de negación y un alto porcentaje de servicios POS no autorizados.

En lo referente a la elaboración del ranking de EPS e IPS¹³, la Sala declaró¹⁴ nivel de cumplimiento bajo respecto de las IPS y, medio, en lo atinente a las EPS. Para llegar a esa conclusión, señaló que en relación con las IPS no existía un verdadero ranking y el presentado no permitía conocer los mejores y peores prestadores de salud. Entretanto, sobre las EPS puntualizó, que las mejoras no fueron significativas y no se contaba con un mecanismo para que los usuarios accedieran a los resultados de la calificación.

En los mandatos relacionados con la unificación del POS de los regímenes subsidiado y contributivo¹⁵, mediante auto 411 de 2016, declaró nivel de cumplimiento alto del programa y cronograma para lograr la unificación gradual y sostenible y, medio, en la equipación de UPC. Para llegar a esta conclusión señaló que, si bien mejoraron las fuentes de información para la fijación de la unidad de pago en el régimen contributivo, para el subsidiado estas eran insuficientes. Además, ordenó al Ministerio establecer una UPC para ambos regímenes que sea suficiente para financiar el plan de beneficios del sistema de exclusiones.

Finalmente, declaró cumplimiento bajo¹⁶ en la directriz vigésima tercera¹⁷ por

⁵ Orden 20.

⁶ Órdenes 21 y 22.

⁷ Orden 23.

⁸ Auto 420 de 2016.

⁹ Referentes a la actualización de los planes de beneficios.

¹⁰ "Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones" que estableció en el artículo 25 que el plan de beneficios debería ser actualizado una vez cada dos años.

¹¹ A través de auto 411 de 2015.

¹² Orden 19.

¹³ Orden 20.

¹⁴ Mediante auto 591 de diciembre de 2016

¹⁵ Órdenes 21 y 22.

¹⁶ Por medio del auto 001 de 2017.

¹⁷ Mecanismo de autorización directa.

considerar que aunque se creó un procedimiento de autorización directa de servicios no POS, este solo se adoptó para el régimen contributivo. También señaló que este procedimiento tenía muy poco tiempo de vigencia y, por tanto, no era posible apreciar la existencia de avances significativos.

4. Al transcurrir más de 10 años de proferida la sentencia T-760 de 2008, la Sala Plena de la Corte, mediante auto 668 de 2018, observó que si bien no se han acatado en su totalidad las directrices impartidas en el fallo estructural, se encontraron avances representativos que impactaron de manera favorable en las condiciones de prestación de los servicios de salud, tales como: la actualización periódica al plan de beneficios y la expedición de las resoluciones de exclusiones¹⁸; la unificación de los planes de beneficios entre los regímenes contributivo y subsidiado para los menores de edad y otros grupos etarios, o el incremento del valor de la UPC del régimen subsidiado.

En la misma providencia consideró que, con el propósito de avanzar de manera oportuna y efectiva en la superación de los obstáculos al goce efectivo del derecho a la salud, se debería realizar una audiencia pública que permitiera evidenciar la dificultad persistente y estructural, con la intención de encontrar soluciones inmediatas, sustanciales y definitivas; audiencia que fue realizada el día 6 de diciembre de 2018.

5. La audiencia pública giró en torno a tres ejes temáticos: *(i)* acceso a los servicios de salud; *(ii)* sostenibilidad financiera y flujo adecuado de recursos, y *(iii)* cobertura universal. Esta contó con la participación de los entes responsables de las órdenes, entidades estatales, peritos constitucionales voluntarios, grupos de apoyo y académicos.

En el desarrollo del eje de acceso, los intervinientes se refirieron a las barreras que enfrentan los usuarios del sistema en la prestación de los servicios de salud, en particular, al modelo establecido por el Ministerio en el que coexisten unas exclusiones y unos mecanismos de protección individual y colectiva, hecho que algunos expositores consideraron contrario tanto a la Ley 1751 de 2015¹⁹, como a la Sentencia C-313 de 2014.

6. Con posterioridad a la audiencia, la Sala de Seguimiento emitió el auto 073 de 20 de febrero de 2019, en el que consideró oportuno continuar con la generación de espacios de discusión que permitieran identificar posibles soluciones a las dificultades persistentes encontradas; generar consenso entre los actores del sistema, y lograr compromisos por parte de los responsables del acatamiento de las órdenes. Por tanto, en esta providencia se dispuso que era necesario convocar a sesiones técnicas sobre las problemáticas evidenciadas.

Entre las dificultades halladas, se observó que existía una falla en torno al modelo de PBS adoptado por el Ministerio.

¹⁸ Resoluciones 5267 de 2017 y 244 de 2019.

¹⁹ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

II. CONSIDERACIONES

1. En materia de acceso a los servicios de salud y, particularmente, en relación con los planes de beneficios, la Corte observó en la sentencia T-760 de 2008 que no existía certeza acerca de los servicios que hacían parte del entonces POS, y planteó el siguiente problema jurídico:

“¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas al permitir que se mantenga la incertidumbre en relación con los servicios incluidos, los no incluidos y los excluidos del plan obligatorio de salud, teniendo en cuenta las controversias que esta incertidumbre produce y su impacto negativo en el acceso oportuno a los servicios de salud?”²⁰

En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional consideró que el Estado desprotegía el derecho fundamental a la salud al mantener la incertidumbre relacionada con los servicios y tecnologías cubiertos por el plan de beneficios.

2. Después de varios años de emitida la Sentencia T-760 de 2008, el Gobierno nacional radicó en el Congreso de la República el proyecto de Ley Estatutaria²¹ por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, cuyo parágrafo del artículo 8.º establecía lo siguiente:

“se entiende por tecnología o servicio de salud aquellos directamente relacionados con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Aquellos servicios de carácter individual que no estén directamente relacionados con el tratamiento y cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico, podrán ser financiados, en caso de que no existiese capacidad de pago, con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías en salud, en el marco de las políticas sociales del Estado.”

En relación a dicha disposición, la Corte, a través de la Sentencia C-313 de 2014²², consideró que tal precepto normativo generaba una restricción en el acceso a los servicios de salud al condicionar la inclusión o exclusión de las tecnologías en salud a una indefinición legal, y señaló expresamente sobre este asunto que:

“en lugar de reforzar el principio de integralidad, dan pábulo para que agentes del sistema consideren que servicios cubiertos por el sistema de salud, no deben ser brindados, generando con ello un detrimento al derecho fundamental a la salud. Entiende la Corte que esos márgenes de indefinición, son los que han dado lugar a las denominadas “lagunas” o “zonas grises”, en las cuales, se encuentran servicios o tecnologías que ni están incluidos en el sistema de salud, ni están excluidos del mismo. Esa situación, es la que ha dado lugar, en no pocas ocasiones, a que el juez de tutela sea convocado a proteger un derecho fundamental, esto es, a restaurar el valor normativo de la Constitución en casos concretos.

(...)

²⁰ Consideración jurídica 2.2.1.

²¹ Proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013 radicado en el Senado de la República y 267 de 2013 en la Cámara de Representantes.

²² Mediante la cual hizo el control previo de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria en salud.

Para la Corporación, el derecho fundamental a la salud tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías y que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas, de lo contrario, se hace nugatoria la realización efectiva del mismo. Entiende la Sala que el legislador incorporó en el artículo 15 una cláusula restrictiva expresa, la cual establece los servicios y tecnologías excluidos de la prestación del servicio”. (Se resalta).

3. Con el propósito de reglamentar el PBS, Minsalud profirió la Resolución 5267 de 2017, mediante la cual adoptó un listado de exclusiones y la 5269 de la misma anualidad, “*por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*”, disposiciones que fueron derogadas respectivamente por las resoluciones 244 de 2019 y 5857 de 2018.

4. En la audiencia pública²³, la Defensoría del Pueblo consideró que el Ministerio, al establecer esta división de exclusiones, así como de servicios y tecnologías cubiertos o no con la UPC, desconoció la Ley Estatutaria en Salud. Así mismo, la Asociación de Pacientes de Alto Costo de la Nueva EPS puso de presente que se estaría afectando el goce efectivo del derecho a la salud al no cumplirse con el plan de beneficios excluyentes. Por su parte, la Universidad Nacional indicó que con que el plan de beneficios adoptado por Minsalud, se genera una inconstitucionalidad asociada a lo que la sentencia C-313 de 2014 denominó una “*restricción indeterminada al acceso a los servicios y tecnologías en materia de salud*”.

5. La Sala de Seguimiento, al estudiar la reglamentación a la Ley 1751 de 2015²⁴, los diferentes informes y conceptos allegados al expedientes del seguimiento además de las intervenciones realizadas en la audiencia pública, observa que el Gobierno nacional implementó un sistema de aseguramiento en el que existe un plan de beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación²⁵; un listado de servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud²⁶; y unos servicios y una tecnologías que no se encuentran en ninguno de estas dos categorías.

6. De las intervenciones realizadas en la audiencia, por los participantes mencionados en el numeral cuarto de este acápite, se puede concluir que el plan de beneficios adoptado por el Ministerio de Salud no se ajusta a lo establecido en la Ley 1751 de 2015 y en la Sentencia C-313 de 2014, con lo cual se evidencia que persiste la problemática encontrada en la Sentencia T-760 de 2008 y que afecta el acceso efectivo a los servicios de salud.

7. Ante este panorama, la Sala estima pertinente propiciar un espacio de discusión que permita avanzar en la eliminación de las zonas grises de las coberturas del PBS. Para tal fin, convocará a una sesión técnica con el objetivo de analizar el plan de beneficios en salud que en la actualidad esta conformado por un listado de exclusiones y unos mecanismos de protección colectiva e individual.

²³ Realizada el 6 de diciembre de 2018.

²⁴ Resoluciones 5267 y 5269 de 2017, 5857 de 2018 y 244 de 2019.

²⁵ Contenidos en la Resolución 5857 de 26 de diciembre de 2018.

²⁶ Resolución 244 de 31 de enero de 2019.

8. En este orden de ideas, la Sala Especial considera importante estudiar el PBS, analizando cada uno de sus componentes, por lo que la sesión técnica se desarrollará en tres reuniones. La primera, se ocupará del listado de exclusiones; la segunda, de los mecanismos de protección individual y colectiva, en tanto que la tercera, de la suficiencia de la UPC para cubrir el plan de beneficios de exclusiones. En esta providencia se señalará la metodología de la primera reunión, previas las siguientes precisiones sobre las exclusiones del PBS.

9. En relación con la definición de los servicios y tecnologías en salud excluidos del PBS, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 dispuso que las exclusiones deben cumplir con los criterios establecidos en esta norma²⁷, y para determinarlas el Ministerio debe realizar “*un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente*” y tener en cuenta el concepto de expertos independientes de alto nivel, pertenecientes a las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente, así como de los pacientes que podrían verse afectados con ellas.

Con ocasión de lo anterior, el Ministerio expidió la Resolución 330 de 14 de febrero de 2017, la cual estableció las etapas del procedimiento para la definición de las exclusiones, para el cual determinó cuatro fases a saber: (i) nominación y priorización; (ii) análisis técnico-científico; (iii) consulta a los pacientes potencialmente afectados, y (iv) adopción y publicación de las decisiones.

Ahora bien, la Corte debe señalar que las exclusiones no tienen un carácter absoluto, por cuanto pueden ser inaplicadas si concurren los presupuestos consolidados por la Sentencia T-237 de 2003, tal como lo señaló la Sentencia C-313 de 2014²⁸.

Los criterios para inaplicar las exclusiones son los siguientes:

“a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

²⁷“(a) *Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*(b) *que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*(c) *que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;* (d) *que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*(e) *que se encuentren en fase de experimentación;* (f) *que tengan que ser prestados en el exterior”.*

²⁸ Al revisar la constitucionalidad del artículo 15 del proyecto de Ley Estatutaria.

d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”²⁹

10. Para el desarrollo de la sesión técnica, la Sala citará al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina, a la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame), a la Asociación Colombia de Neumología y Cirugía de Tórax, a la Asociación de Pacientes de Alto Costo, a Pacientes Colombia, a Acemi, a la Asociación Colombiana de Reumatología, y a la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, para discutir la problemática que se presenta en relación con las exclusiones del plan de beneficios.

Con antelación a la sesión técnica, los participantes tendrán que allegar a esta Corporación las respuestas a los interrogantes que se formulan a continuación:

- a. ¿Cuáles son las dificultades que se presentan en el procedimiento técnico-científico y participativo³⁰ de la definición de exclusiones? Señale las medidas adoptadas para superarlas.
- b. ¿Cuáles son los obstáculos que se presentan con ocasión a los servicios y tecnologías actualmente excluidas del PBS? Indique las posibles soluciones para superar tales fallas.
- c. ¿Existe un mecanismo para que las personas que requieran con necesidad una tecnología o un servicio contenidos en el listado de exclusiones puedan acceder a ellos³¹ sin necesidad de acudir a la acción de tutela? En caso afirmativo, explique en qué consiste ese mecanismo y si el mismo ha sido efectivo.
- d. ¿Cuál es el procedimiento establecido para retirar un servicio o tecnología del listado de exclusiones?

La sesión técnica se desarrollará de conformidad con la siguiente agenda:

AGENDA	
8:00 – 8:15 am	Instalación y presentación de los objetivos y criterios de la sesión técnica
INTERVENCIONES	
8:15 – 8:30 am	Ministerio de Salud y Protección Social
8:30 – 8:45 am	Acemi
8:45 – 9:00 am	Gestarasalud

²⁹ Sentencia T-237 de 2003, reiterados entre otras, en las Sentencias T- 171 de 2018, T- 196 de 2018.

³⁰ En las fases de: (i) nominación y priorización; (ii) análisis técnico-científico; (iii) consulta de pacientes potencialmente afectados; y (iv) adopción y publicación de las decisiones.

³¹ Teniendo en cuenta los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-237 de 2003 y ratificado en las Sentencias T- 171 de 2018, T- 196 de 2018.

9:00 – 9:15 am	Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame)
9:15– 9:30 am	Federación médica Colombiana
9:30-9:45 am	Asociación Colombia de Neumología y Cirugía de Tórax
9:45-10:00 am	Asociación Colombiana de reumatología
10:00-10:20 am	Receso
10:20-10:35 am	Academia Nacional de Medicina
10:35-10:50 am	Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 y por una Reforma Estructural al Sistema de Salud
10:50-11:05 m	Pacientes Colombia
11:05-11:20 pm	Asociación de Pacientes de Alto Costo
11:20-12:20 pm	Compromisos/conclusiones de cierre de los participantes
12:20-1:00 pm	Conclusiones de la mesa técnica

11. Finalmente, para contar con mejores elementos probatorios en el seguimiento de las órdenes generales, en particular la 17 y 18, se les solicitará a las entidades relacionadas a continuación, que alleguen a esta Corporación un documento en el que se indique lo siguientes:

(i) Expliquen de manera detallada³² la forma como se ha llevado a cabo el procedimiento para excluir los 57 servicios y las tecnologías que en la actualidad están contenidos en la Resolución 244 de 2019.

(ii) Indiquen las dificultades evidenciadas en el procedimiento técnico-científico y participativo para la definición de las exclusiones.

(iii) Manifiesten sus conceptos y apreciaciones sobre el listado de exclusiones adoptado.

- Ministerio de Salud y Protección Social
- Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral.
- Academia Nacional de Medicina.
- Asociación Colombiana de Facultades de Medicina.
- Asociación colombiana de Neumología y Cirugía de Torax.
- Colegio Colombiano de Terapia Ocupacional.
- Asociación Colombiana para estudio del Dolor ACED.
- Asociación Colombiana de Otología y Neurotología.
- Federación Colombiana de Optómetras-Fedopt.
- Asociación Colombiana de Hepatología.

³² Fase de (i) nominación y priorización; (ii) análisis técnico-científico; (iii) consulta de pacientes potencialmente afectados; y (iv) adopción y publicación de las decisiones.

- Asociación Colombiana de Reumatología.
- Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 y por una Reforma Estructural al Sistema de Salud.
- Gestarasalud.
- Pacientes Colombia.
- Asociación de Pacientes de Alto Costo.
- Asociación Colombiana de Gastroenterología.
- Colegio Colombiano de Hemodinamia e Intervencionismo Cardiovascular.
- Asociación Colombiana de Psiquiatría.
- Asociación Colombiana de Neurología Infantil.
- Asociación Colombiana de Hematología y Oncología-ACHO.
- Asociación Colombiana de Gastroenterología

12. En mérito de lo expuesto, el magistrado sustanciador

III. RESUELVE:

Primero. CONVOCAR a sesión técnica en el marco del seguimiento de las vórdenes décima séptima y décima octava el día 23 de abril de 2019 a las 8:30 a.m., en el Palacio de Justicia de Bogotá ubicado en la calle 12 # 7-65, en el salón de audiencias número 1 de la Corte Constitucional.

Segundo. CITAR a la sesión técnica al Ministerio de Salud y Protección Social, Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina, a la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame), a la Asociación Colombia de Neumología y Cirugía de Tórax, a la Asociación de Pacientes de Alto Costo, a Pacientes Colombia, a la Acemi, a la Asociación Colombiana de reumatología, y a los miembros de la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 y por una Reforma Estructural al Sistema de Salud, quienes tendrán que responder los cuestionamientos planteados en el numeral décimo de la parte considerativa de esta providencia.

Tercero. SOLICITAR a los participantes citados a la sesión técnica que remitan a la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 las respuestas a los interrogantes formulados en el acápite 10 de esta providencia, a más tardar dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente proveído. Las respuestas allegadas se dejarán en la Secretaría General de la Corte Constitucional a disposición de los interesados, durante los 3 días siguientes al vencimiento del plazo.

Cuarto. SOLICITAR a las entidades mencionadas en el numeral 11 de las consideraciones que remitan a la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 la información solicitada, a más tardar dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente proveído. Las respuestas allegadas se dejarán en la Secretaría General de la Corte Constitucional a disposición de los interesados, durante los 3 días siguientes al vencimiento del plazo.

Quinto. Proceda la Secretaría General de esta Corporación a librar las comunicaciones correspondientes, adjuntando copia de este proveído.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado Sustanciador

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General