

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL Sala Especial de Seguimiento

AUTO 093A de 2020

Referencia: Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 orden décima novena.

Asunto: Solicitud modulación de la orden

Magistrado Sustanciador:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020).

La Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 designada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, para llevar a cabo la verificación del cumplimiento de las órdenes generales impartidas en la misma, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, procede a dictar el presente auto con base en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. La Corte en la sentencia T-760 de 2008 identificó un conjunto de fallas estructurales en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En virtud de ello emitió 16 mandatos correctivos, a través de los cuales instó a las autoridades responsables de los mismos a adoptar las medidas necesarias para conjurarlas.

Entre las dificultades observadas, encontró que la mayoría de las acciones de tutela amparaban el acceso a servicios incluidos en los planes obligatorios de salud, por lo que para contrarrestar esta problemática profirió la decisión decima novena en la que dispuso:

“Ordenar al Ministerio de la Protección Social¹ que adopte medidas para garantizar que todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país envíen a la Comisión de Regulación en Salud, a la Superintendencia Nacional de

¹ Actualmente Ministerio de Salud y Protección Social, que en el transcurso de esta providencia se puede llamar Ministerio, MSPS, la cartera de salud, el rector de la política pública en salud, el ente ministerial, Minsalud.

Salud y a la Defensoría del Pueblo, un informe trimestral en el que se indique: (i) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la Entidad Promotora de Salud y que no sean tramitados por el Comité Técnico Científico, (ii) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad; (iii) indicando en cada caso las razones de la negativa, y, en el primero, indicando además las razones por las cuáles no fue objeto de decisión por el Comité Técnico Científico.

El primer informe deberá ser enviado el 1 de febrero de 2009. Copia del mismo deberá ser remitida a la Corte Constitucional antes de la misma fecha.”

2. A través de Auto 411 de 2015, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 valoró el cumplimiento de la orden décima novena con nivel bajo, luego de verificar que la regulación sobre la materia no era suficiente para acatar tal mandato. En dicha providencia evidenció que las EPS continuaban con la práctica irregular de abstenerse de prestar servicios, procedimientos y medicamentos que hacían parte del entonces POS, hoy PBS, sin que se observaran acciones por parte de las autoridades competentes para impedir dicho obstáculo, así como tampoco, tendientes a sancionar esas conductas contrarias al Estado Constitucional de Derecho. En razón de esto, ordenó al Ministerio que obtuviera *“la devolución del dinero pagado sin justa causa a las EPS que hayan negado de (SIC) servicios incluidos en el POS a partir del segundo trimestre de 2012, acorde a lo dispuesto en el numeral 8.3.5². de la parte motiva de esta providencia.”*

3. Con ocasión al mandato de la devolución del dinero pagado sin justa causa a las EPS que hubieren negado servicios incluidos en el entonces POS, hoy PBS, el MSPS mediante oficio de 19 de diciembre de 2016³ afirmó que era difícil el cumplimiento, toda vez que el concepto de negación se debía analizar cautelosamente, en virtud a que la misma podía ser legítima o ilegítima.

4. Adicionalmente, la Contraloría General de la República en un informe especial que presentó a esta Corporación⁴, relacionado con los resultados de la actuación especial de fiscalización y específicamente con el cumplimiento de la orden emitida por esta Corporación a la cual nos venimos refiriendo, indicó que el Ministerio no estableció los valores pagados a las EPS sin justa causa por los servicios POS negados, en razón a la inexistencia de procedimientos para dar cumplimiento a la directriz emitida por la Sala, lo cual generaba riesgos para los

² El cual, al referirse a la negación, en ese entonces de servicios POS indicó que: *“Lo cierto es que este tipo de prácticas irregulares actualmente continúan presentándose como motivo de negación de las prestaciones, sin que se adviertan medidas gubernamentales que las enfrenten y corrijan. Teniendo en cuenta que las cifras enunciadas en este considerando son significativas, se advierte que estas deben impactar en las decisiones del regulador que ha observado pasivamente cómo la proporción ha crecido año tras año. Los problemas en el flujo de información y en la prestación de los servicios POS, denotan profundos defectos en el sistema que deben ser reconocidos y afrontados por los actores ante la ciudadanía. Por ello, se dispondrá que el Ejecutivo adopte las acciones pertinentes para: i) investigar este tipo de conductas y, ii) conseguir la devolución del dinero pagado sin justa causa, es decir, lo correspondiente a la prima pagada por usuario durante el mes en que haya sufrido esta barrera según los informes reseñados en los considerandos 8.3.1. y 8.3.2. De manera que se contribuya a la aplicación armónica de la Sentencia T-760 de 2008, especialmente del ordinal quinto del Auto 263 de 2012”.*

³ Cfr. AZ Orden XIX-L, folios 5658-5676.

⁴ El 12 de enero de 2017. Cfr. AZ Orden XIX-M, folios 5685-5701.

recursos del Sistema de Salud, dada la incertidumbre sobre los valores que efectivamente debieron pagarse por la prestación de servicios y devolverse por la no prestación.

Además, la Contraloría agregó que la cartera de salud al ser la encargada de dirigir, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, debió llevar su gestión más allá de la solicitud de información a las EPS e informar a la Supersalud.

Lo anterior, atendiendo a la obligación del Ministerio de propender por la prestación de los servicios de salud y establecer el valor de los servicios POS negados y pagados sin justa causa, ordenar la devolución del dinero o iniciar las acciones necesarias con las entidades que corresponda, debido a que ***“de estos recursos depende la eficiencia del servicio. En todo caso, el MSPS no puede ignorar el destino de los recursos del SGSSS”***. (Se resalta).

5. A través de auto del 16 de enero de 2018 se le dio traslado a los peritos constitucionales voluntarios de los informes presentados por el Ministerio desde el 4 de noviembre de 2015 hasta el 26 de octubre de 2017 y se le solicitó que respondieran entre otras preguntas si el Ministerio cumplió con la orden décima novena y atendió los parámetros señalados en el auto 411 de 2015, además se les indagó sobre las mejoras o retrocesos advertidos con las actuaciones desplegadas por el ente ministerial⁵.

6. En relación con lo anterior, Así Vamos en Salud al pronunciarse acerca del cumplimiento de los mandatos impartidos en el auto 411 de 2015 y en particular en relación con la orden de *“obtener la devolución del dinero pagado sin justa causa a las EPS que hayan negado servicios incluidos en el POS a partir del segundo trimestre de 2012, acorde a lo dispuesto en el numeral 8.3.5.”* expresó⁶ que los informes remitidos por el Ministerio no daban cuenta de gestiones referentes a la devolución de dineros pagados sin justa causa.

7. El 3 de agosto 2018⁷ el Ministerio allegó oficio de respuesta al auto de 5 de julio de 2018⁸ e indicó que esa cartera había emitido el siguiente concepto técnico⁹:

“Ahora bien, la Unidad de Pago por Capitación (UPC) se reconoce por afiliado a cada una de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) y responde a ajustadores de riesgo relacionados con la edad, el sexo y la ubicación geográfica del individuo (...).-”

⁵ Es preciso señalar que ni la Contraloría, ni perito constitucional voluntario, al referirse al cumplimiento de la directriz particular de devolución del dinero señalaron a la Corte la imposibilidad o dificultad de acatar tal mandato, así como también, que la Sala Especial no formuló un cuestionamiento específico sobre la imposibilidad de dar cumplimiento de la orden, ya que el Ministerio no la había puesto de presente.

⁶ El 5 de febrero de 2018. Cfr. AZ Orden XIX-M, folios 5812-5818.

⁷ Cfr. AZ orden XIX- M. Folios 5935 a 5936.

⁸ Mediante auto de 5 de agosto de 2018 se le solicitó al Ministerio que rindiera informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las diferentes órdenes.

⁹ Sin especificar la dependencia que lo realizó.

El cálculo de esta prima se realiza con base en un pool de riesgo global sin ningún tipo de segmentación o diferenciación por tecnología o servicio, nivel atención, nivel de complejidad, entidad territorial o entidad aseguradora; se infiere ex-ante mediante análisis actuariales que utilizan información de periodos anteriores para proyectar las frecuencias y costos de las posibles reclamaciones que se puedan presentar en el periodo de aplicación. (...)

Dado lo anterior, esta información no permite determinar el costo individual de cada tecnología que hace parte del Plan de Beneficios con cargo a la UPC, como presupuesto para un posible descuento, máxime si se tiene en cuenta que el valor per cápita calculado no responde a la sumatoria valores de posibles tecnologías a demandar por cada usuario durante la vigencia, sino a un ejercicio de inferencia actuarial y estadística global de la siniestralidad de toda la población afiliada y que, en cumplimiento del marco legal vigente que regula el esquema de aseguramiento, debe ser gestionado por las EPS para hacer posible el acceso efectivo a los servicios de salud y garantizar a todos y cada uno de los afiliados, el pago de los beneficios declarados en la ley independientemente de número y monto de los siniestros que se presenten”. (Se resalta).

Además, MinSalud señaló que teniendo en cuenta dicho concepto, no era posible determinar el costo individual de los servicios y tecnologías negados y descontarlo a las EPS, por lo que no era dable el cumplimiento de la orden impartida.

8. Mediante auto 122 de 2019 se valoró en una segunda oportunidad el nivel de cumplimiento de la directriz décima novena, calificándolo como bajo.

En esa oportunidad encontró que luego de emitido el auto 411 de 2015 la cartera de salud, implementó acciones tendiente a dar cumplimiento al mandato décimo noveno respecto del régimen subsidiado, para ello expidió las resoluciones 2064 de 2017 y 1486 de 2018, las cuales tenían como objetivo establecer el procedimiento para el reporte de información de tecnologías no autorizadas; no obstante, al analizar las acciones adoptadas observó que el registro creado presentaba falencias en el formato diseñado para remitir los reportes y carecía de un sistema de alerta. Además, evidenció que no existía una herramienta para determinar los servicios autorizados y no suministrados oportunamente.

La Corte también observó, que en el régimen subsidiado se agregaron nuevos motivos de negación los cuales correspondían a las verdaderas razones por las que las EPS negaban el suministro de servicios y tecnologías; empero, estimó que era un inconveniente haber eliminado la causal “otros motivos”. Por otro lado, expuso que no se cumplió con la meta establecida en el auto 411 de 2015 en relación con la disminución de los índices de la causal el “servicio es cobertura POS”, dado que al término de un año de expedida la normatividad no se alcanzó al 0,01%.

Sobre el régimen contributivo, evidenció un retroceso con ocasión de la eliminación del registro de negaciones.

También, al verificar el estado de cumplimiento del mandato referente a la devolución de los dineros, la Sala de Seguimiento estudió los argumentos expuestos por el Ministerio, en razón de ello, sostuvo que *“le asiste razón al rector de la política pública en salud al señalar que la UPC se reconoce a las EPS por cada afiliado y se calcula sobre un riesgo global, sin tener en cuenta ninguna diferenciación por tecnología, nivel de atención o complejidad”*; no obstante, aclaró que lo ordenado en el auto 411 de 2015 fue obtener la devolución del dinero correspondiente a la prima pagada por usuario durante el mes en que tuvo lugar la barrera, y no el reintegro del valor pagado en la UPC por servicio negado¹⁰.

Adicionalmente, sostuvo que existen varias normas que contemplan la posibilidad de la devolución del valor pagado por la UPC, por lo que anotó, que jurídica y materialmente es posible dar cumplimiento a tal disposición.

Así mismo, evidenció que continuaban las negaciones de servicios POS y PBS UPC a los usuarios del SGSSS, motivo por el cual consideró que las entidades gubernamentales debían implementar acciones al respecto,

Finalmente, en dicha providencia se impartieron directrices al Ministerio de Salud y Protección Social, para que:

“a. Emita dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la comunicación del presente auto, una nueva normativa que regule el registro de negaciones en los regímenes contributivo y subsidiado, la cual permita generar información acerca de la negación de los servicios cubiertos por el plan de beneficios, así como de aquellos que a pesar de haber sido autorizados no son suministrados en forma oportuna. Este instrumento tendrá que arrojar datos precisos, claros y confiables; ser alimentado mediante una plataforma de ingreso web, con usuario y contraseña privada y entrar en funcionamiento en un término máximo de tres meses contados a partir de la expedición de la normatividad.

El nuevo reporte deberá incluir la causal “otros motivos”, y establecer como obligatorio el registro del fundamento de la no autorización. Así mismo, adecuar los motivos de negación al actual plan de beneficios y actualizarlos periódicamente, con base en el análisis previo de las razones más frecuentes señaladas por las entidades reportantes.

b. Aplique de manera provisional e inmediata, al régimen contributivo, la reglamentación del registro contenida en la Resolución 2064 de 2017, modificada por la 1486 de 2018, hasta tanto no entre en vigencia la regulación a la que hace referencia el numeral anterior.

c. Adopte las medidas necesarias para disminuir en forma considerable el porcentaje de negaciones y dilaciones correspondientes a las causales “otros motivos” y servicios PBS independientemente de su forma de financiación en los términos establecidos en el numeral (ii) del 103.1 de las consideraciones de esta providencia.

¹⁰ Es necesario señalar que para devolver la suma pagada en la UPC por servicio negado, se tendría que establecer el valor de tal servicio; situación distinta ocurre, cuando lo requerido es el reintegro de lo pagado por usuario, toda vez que en este caso lo que se devuelve es la prima que se canceló por ese afiliado para garantizar la prestación de los servicios el mes en que se presentó la barrera, sin tener en cuenta el costo de la tecnología no autorizada. Ahora bien, cabe precisar que la primera opción no sería posible de acatar, teniendo en cuenta que la UPC se reconoce a las EPS por cada afiliado y se calcula sobre un riesgo global, sin tener en consideración el tipo de tecnología.

(...)

h. Obtenga la devolución del dinero correspondiente a la prima pagada por usuario, esto es, la UPC, correspondiente al mes en que haya sufrido la barrera en la prestación servicios POS en el periodo establecido en el auto 411 de 2015; así como también de aquellas negaciones de servicios POS o PBS financiadas por la UPC, de conformidad con la información contenida en el registro de negaciones a partir de abril de 2015. Los informes trimestrales enviados a esta Corporación deberán en adelante incluir las medidas adoptadas al respecto y los resultados obtenidos.”

9. El Ministerio, allegó a la Sala escrito que denominó “*solicitud de modulación de la orden impartida en el auto 122 de 2019, numeral 2, literal h*”¹¹, en el que puntualizó que la directriz dada tiene que ser ajustada o modulada toda vez que afecta en forma grave, directa, cierta y manifiesta el interés público, para ello precisó que el SGSSS se encuentra fundado en un esquema de aseguramiento público, en el que la UPC es la prima que se reconoce a las EPS para que garanticen el acceso de servicios en salud que se financian con estos recursos, y señaló que:

“Con el fin de definir la prima y el valor que le corresponde a cada EPS por sus afiliados, en Colombia se optó por un modelo que utiliza información de periodos anteriores, en aras de proyectar las frecuencias y costos de las posibles necesidades del servicio que se puedan presentar en el año de aplicación, es decir, en el año en el que se gira el valor determinado de la UPC. Por lo tanto, la estimación de la UPC no se expresa como la suma del gasto individual, sino que corresponde al valor asegurado de los siniestros futuros del grupo igualmente asegurado e incluye la probabilidad de uso de dichos servicios.

El componente fundamental del aseguramiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud es la transferencia de riesgo al asegurador, en donde su papel consiste en gestionar la mutualidad dentro del conjunto de riesgos, es decir, el portafolio de asegurados, proporcionando la garantía de pago de los beneficios contenidos en la normatividad cualquiera que sea el número y los montos de los siniestros (prestaciones) y por tano, asumiendo el riesgo correspondiente.

*En este sentido la devolución de la UPC en los periodos en los cuales se presentaron negaciones conllevaría una afectación de la garantía del derecho a la salud en el entendido que como la gestión del riesgo considera la totalidad de la población y la totalidad de los recursos presupuestados desde el inicio de cada periodo, al pretender la devolución de estos recursos, se estaría poniendo en riesgo el equilibrio que el mismo sistema de aseguramiento conlleva, afectando a todos los asegurados de la correspondiente EPS, **independientemente (SIC) que la negociación del servicio se haya producido frente a determinados usuarios en particular**”¹². (Se resalta).*

Igualmente, expresó que esa orden no era conducente para el fin perseguido, porque genera un desequilibrio entre las EPS que hicieron el reporte y las que a pesar de negar servicios no efectuaron dicho registro, por lo que al no conocer

¹¹ Cfr. AZ. Orden XIX-M, folios 6048-6056.

¹² Cfr. AZ Orden XIX-M, folio 6050.

tales negaciones no se puede hacer el cálculo de las primas cuya devolución se debe obtener frente a dichas EPS, lo que genera un premio a esta últimas.

Adicionalmente, manifestó que existe una posible vulneración al debido proceso de las empresas promotoras de salud, toda vez que no se establece un procedimiento que incluya la formulación de cargos, oportunidad de contradicción y aportación de pruebas, teniendo en cuenta que hay algunas causales de negación señaladas en los informes que son justificadas y otras no.

Finalmente sostuvo que el último inciso del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 indicó que los procesos de giro de los recursos del aseguramiento de SSS quedarían en firme transcurridos dos (2) años luego de su realización, y cumplido tal término no procedería reclamación alguna, por lo que afirmó que pretender la devolución de las Unidades de Pago por Capitación de las vigencias 2013, 2014, 2015 y 2016 desconocería dicha norma.

Por lo anterior, solicitó que se module la disposición emitida en el numeral segundo literal h y se sustituya por la orden de establecer un procedimiento específico que garantice el debido proceso, encaminado a la imposición de una sanción, cuando la negación del servicio ha sido injustificada tomando en consideración el tiempo de firmeza señalado en el último inciso del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, estableciéndose que tal trámite deberá ser aplicado por la Superintendencia como órgano competente de adelantar la inspección, vigilancia y control de las entidades que integren el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

10. Posteriormente, el Ministerio solicitó¹³ prorrogar por un mes el término para la expedición del acto administrativo que regulaba el reporte de información por parte de las EPS para el análisis de servicios negados. Y afirmó, que para su implementación no requeriría del término de tres (3) meses, que había sido conferido, sino solo de dos, por lo que si se concediera la prórroga el registro se estaría implementando a finales de diciembre de esa anualidad.

Además, indicó que la Dirección de la Operación del Aseguramiento en Salud Riesgos Laborales y Pensiones había estado avanzando en el proceso de ajuste, adaptación y mejoramiento del registro de negaciones conforme a la orden décima novena, al auto 122 de 2019, al plan de beneficios implícito y a la eliminación de los CTC, y expresó que:

“[E]l Ministerio de Salud y Protección Social pretende: i) continuar con el proceso de ajuste al reporte de negaciones de servicios de salud de las EPS al actual contexto legal (Ley Estatutaria de Salud) y administrativo del Sistema de Salud (eliminación de los Comités Técnico Científicos); ii) complementar el registro de negaciones con otras fuentes de información que permitan suministrar datos precisos, confiables y útiles a los usuarios, antes de control y demás agentes del sistema, para minimizar los sesgos del autoreporte; iii)

¹³ Cfr. Orden XIX-M, folios 6146 a 6152, 25 de septiembre de 2019.

contar con información confiable para la toma de decisiones acertadas de política pública, de manera articulada con todos los agentes del Sistema de Salud; iv) evitar la duplicidad de información a las EPS”.

La cartera de salud manifestó que realizó acciones tendientes a las definiciones de causales de negación y clasificó las categorías “causales de negaciones” en “justificadas y no justificadas”. Señaló que con respecto a la decisión del numeral segundo de la parte resolutive del auto 122 de 2019 era preciso conocer qué son “otros motivos” y así tomar la decisión de política, por lo que consideró muy difícil cumplir en el plazo establecido en el auto.

Además, en relación con el mandato de la Sala de “hacer seguimiento a la oportunidad en el suministro de servicios de salud prescritos por el médico”, anotó que para dar cumplimiento a esa directriz utilizaría los indicadores de la Oficina de Calidad, los cuales permitirían hacer seguimiento de los tiempos de la prestación de servicios de las EPS. Explicó, que llevó a cabo distintas mesas de trabajo y capacitaciones relacionadas con los datos, y afirmó que estaba trabajando sobre la operatividad del registro de negaciones en forma articulada con las demás direcciones y oficinas que manejan información relativa con el reporte.

Expuso que se han realizado reuniones con el delegado de medidas especiales de la Superintendencia Nacional de Salud para verificar la información que recogen de las auditorias de la sentencia T-760 de 2008, a fin de evaluar si tales datos son útiles para el registro de negaciones que llevan las EPS.

11. Igualmente solicitó ampliar el plazo para la presentación de los informes trimestrales de servicios negados, “dos meses”, esto es, que las entregas se realicen de la siguiente manera: (i) el 25 de junio el informe de los reportes de enero, febrero y marzo; (ii) el 25 de septiembre el correspondiente a abril, mayo y junio; (iii) el 25 de noviembre para julio, agosto y septiembre y; (iv) el 25 de marzo para reportar los meses de octubre, noviembre y diciembre del año anterior.

12. Por otro lado indicó que resulta inconveniente cumplir con el requerimiento de aplicar de manera provisional e inmediata el registro contenido en la Resolución 2064 de 2017, modificado por la 1486 de 2018, para ello señaló que conforme lo establecido por la Dirección de Regulación de la Operación del Aseguramiento en Salud, Riesgos Laborales y Pensiones no es pertinente acatar tal directriz debido a que la Resolución 3951 de 2016 en el acuerdo de vigencias y derogatorias, retiró del ordenamiento jurídico la Resolución 5395 de 2013 que reglamentaba la conformación y operación de los Comités Técnicos Científicos para el Régimen Contributivo y, manifestó que al no operar los CTC en el sistema de salud en tal régimen, no es posible aplicar los criterios de los anexos técnicos del registro de negaciones .

Además, solicitó suspender la obligación de presentar los informes del tercer y cuarto trimestre debido a que la información que ha recaudado nada más cobija

al régimen subsidiado por lo que expresó que *“la presentación de los informes trimestrales con el nuevo registro de reporte y las validaciones que realizaría el Ministerio, se reanudarían a partir del primer trimestre de 2020”*.

13. Con ocasión de lo anterior, la Sala de Seguimiento observó que el Ministerio no había enviado el informe del segundo trimestre del 2019 del registro de servicios negados, por lo cual mediante auto de 29 de octubre de 2019 solicitó a la cartera de salud para que lo allegara, y lo requirió para que señalara (i) el impacto que ha tenido la entrada en operación de Mipres en el recaudo de la información de servicios negados; (ii) si en los departamentos y distritos en que funciona Mipres en el régimen subsidiado se ha venido recaudando información referente a los servicios médicos negados por la Entidad Promotora de Salud y que no sean tramitados por el Comité Técnico Científico y en caso negativo que informara si técnicamente es posible recaudar dichos datos; (iii) cómo se obtuvo la información de servicios negados del respectivo trimestre o mes, en los departamentos y distritos en que empezó a funcionar Mipres en el régimen subsidiado y, (iv) las razones por las cuales no es posible entregar los informes del tercer y cuarto trimestre de 2019 del régimen subsidiado.

14. El Ministerio en atención a lo ordenado por esta Corporación, explicó que la puesta en marcha del Mipres y la eliminación de los CTC constituyen medidas que impactan en la orden décima novena debido a que los CTC, encargados de negar o autorizar los servicios no financiados con la UPC, no existen, y por consiguiente, el registro de negaciones diseñado bajo la orden décima novena *“no se ajusta a la reglamentación actual de este Ministerio sobre el procedimiento para acceder a los referidos servicios”*.

Expresó que, desde el 1 de abril de 2019, de manera formal desaparecieron los CTC, lo cual impactó en la directriz décima novena de la sentencia T-760 de 2008 que dispuso *“la medición trimestral de los servicios no financiados con la UPC, negados en algunas de estas dos situaciones: (i) El servicio solicitado no fue tramitado por la EPS ante el CTC y (ii) El servicio fue tramitado por la EPS ante el CTC y negado por este.*

Finalmente indicó que: *“conforme con lo anterior, es claro que desde el momento de la activación en Mipres, los servicios y tecnologías no financiados con la UPC que requiera el usuario y que sean ordenados por el médico tratante, se prescriben a través de la citada herramienta. Esta circunstancia incide en el recaudo y, por tanto, en la entrega de información a esa Corporación, a través del registro de negaciones vigente, en el marco de la orden décimo novena como inicialmente fue concebida, por cuanto todas las entidades territoriales ya se encuentran activas en Mipres.”*

15. El MSPS remitió copia de la Resolución 5359 de 2019, mediante la cual adoptó para el régimen contributivo y el subsidiado una nueva regulación de registro de servicios de salud negados. En tal normatividad se estableció que las tecnologías no autorizadas debían ser reportadas por las entidades responsables del aseguramiento en salud dentro de los 20 días calendarios del mes siguiente,

lapso en el que se tendría que surtir las fases de validación y efectuarse las respectivas correcciones. También señaló que vencido dicho plazo sin que las entidades enviaran la información o realizaran las correcciones se comunicará a la Superintendencia para lo de su competencia.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. En virtud de las facultades otorgadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sesión del 1° de abril de 2009; el artículo 86 de la Constitución Política; y el artículo 27 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, esta Sala Especial de Seguimiento es competente para proferir el presente auto.

Modulación de las órdenes impartidas en decisiones de tutela

2. Teniendo en cuenta la solicitud del Ministerio de modular la directriz contenida en el numeral segundo literal h, del auto 122 de 18 de marzo de 2019, es importante indicar que la Corte de tiempo atrás ha señalado que el juez constitucional puede ajustar los mandatos impartidos en unos casos puntuales, es así que en sentencia T-086 de 2003 estableció que en una sentencia de tutela se pueden diferenciar dos partes del fallo, una que es la determinación si se concede o no el amparo, y la otra, que es la orden específica para garantizar el goce efectivo del derecho tutelado. En esa oportunidad se indicó que, a la primera, se aplica el principio de la cosa juzgada en términos absolutos, esto es, que es inmutable, y en relación con la segunda, pueden ser complementadas en aras de buscar el cabal cumplimiento del fallo en virtud de las circunstancias del caso concreto y la evolución del mismo. Además en esa oportunidad esta Corporación anotó que:

*“4.6. Así pues, cuando el juez de tutela resuelve amparar el derecho cuya protección se invoca, conserva la competencia para dictar órdenes que aseguren que el derecho sea plenamente restablecido o las causas de la amenaza sean eliminadas, lo cual comprende introducir ajustes a la orden original siempre y cuando ello se haga dentro de los siguientes parámetros para que se respete la cosa juzgada: (1) **La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque (a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; (b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o (c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.** (2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado. (3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad. (4) La nueva orden que se profiera, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz. A estos cuatro requisitos de orden sustancial, se agregan otros de orden procesal, tal como se muestra en el siguiente apartado.”*

Del mismo modo en la sentencia T-652 de 2010 se indicó que:

“Esta Corporación también ha señalado que si el material probatorio permite inferir que la decisión inicialmente adoptada contraría los postulados constitucionales el juez de tutela está facultado para introducir ajustes a la orden que generó el amparo y concluir que el cumplimiento de lo ordenado en la tutela se torna imposible. Ello por cuanto las alternativas para modificar la orden de amparo en el escenario del trámite de desacato existen de manera exceptiva y deben hacerse efectivas por el juez de tutela en los casos en los cuales se pruebe que: (i) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado o (ii) lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; (iii) o porque la orden implicaba afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o (iv) porque se hace evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.”¹⁴

3. Teniendo en cuenta lo anterior, en los casos en que una directriz emitida por esta Corporación implique entre otras cosas una afectación, grave directa, cierta manifiesta del interés público o sea imposible de cumplir, es factible ajustar, modificar o modular la orden en sus aspectos accidentales en aras a que se cumpla la finalidad de la directriz original.

Además, esta Sala de Seguimiento ha señalado que podrían adoptarse medidas restaurativas y de reemplazo a fin de evitar reiterados incumplimientos y conseguir avances significativos en el goce efectivo del derecho de la salud¹⁵.

Fundamento del mandato emitido en el literal h numeral segundo de la parte resolutive del auto 122 de 2019¹⁶

4. Tomando en consideración las anteriores precisiones, la Sala estudiará de fondo la solicitud de la cartera de salud, no sin antes exponer las razones de la directriz emitida y que hoy se pretende modular; para ello, es necesario indicar que las personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen derecho a que se les garantice la prestación de los servicios y tecnologías que hacen parte del Plan de Beneficios.

5. La Corte en la sentencia T-760 de 2008 indicó que la prerrogativa de la salud en algunas ocasiones había sido meramente formal, debido a que en la práctica se les impedía a los usuarios el acceso a medicamentos y procedimientos incluidos en el plan. Además, en esa oportunidad señaló, que el quebrantamiento del derecho a la salud no solo era ocasionado por las entidades promotoras, al imponer barreras de acceso sobre servicios y tecnologías que ya se encontraban financiadas por el sistema, sino también por parte de las autoridades

¹⁴ Este asunto también fue estudiado en las sentencias T-1113 de 2005 y SU 034 de 2018, entre otras.

¹⁵ Autos 411 de 2015, 122 de 2019 y otros.

¹⁶ “h. Obtenga la devolución del dinero correspondiente a la prima pagada por usuario (UPC), durante el mes en que haya sufrido la barrera en la prestación servicios POS en el periodo establecido en el auto 411 de 2015; así como también de aquellas negaciones de servicios POS o PBS financiadas por la UPC, de conformidad con la información contenida en el registro de negaciones a partir de abril de 2015. Los informes trimestrales enviados a esta Corporación deberán incluir las medidas adoptadas al respecto y los resultados obtenidos”.

competentes, debido a la falta de implementación de acciones necesarias para desincentivar este tipo prácticas.

6. Por otro lado, es necesario recordar, que la reiterada negación de servicios del entonces POS, hoy PBS, por parte de las aseguradoras, fue lo que conllevó a la Corte a emitir la directriz décima novena, que buscaba no solamente que existiera un registro de servicios negados, sino que a partir de la información recaudada se adoptaran acciones tendientes a evitar tal conducta.

7. Sin embargo, al valorarse la orden décima novena en el auto 411 de 2015, la Sala de Seguimiento observó que una gran cantidad de afiliados al sistema seguían acudiendo a la acción de tutela para acceder a servicios, medicamentos y procedimientos incluidos en el plan de beneficios.

En vista de lo anterior, y ante un comportamiento pasivo de las autoridades frente a esa situación, la Corte dispuso que el ejecutivo hiciera las gestiones para obtener la devolución de los dineros sufragados sin justa causa, esto es, los correspondientes a las primas pagadas por usuario durante el mes en que había tenido lugar la barrera en el servicio, fundamentándose en los artículos 3° del Decreto 1281 de 2002 y del Decreto 674 de 2014¹⁷.

8. Ahora bien, al realizarse una nueva valoración de la directriz, por medio del auto 122 de 2019, la Sala Especial señaló que la orden décima novena no está sujeta a la existencia de los CTC, toda vez que su propósito es evitar la negación de los servicios a los que usuarios del sistema tienen derecho independientemente de que estén condicionados o no a la aprobación de dicho comité, en esa oportunidad, la Sala encontró que continuaban las situaciones de hecho que llevaron a proferir el mandato de la devolución de los dineros obtenidos sin justa causa, esto es, la negación de servicios, del entonces POS, hoy PBS, y especialmente aquellos financiados con la UPC, avizorándose que *“en algo menos de tres años las negaciones de servicio PBS han superado a las estudiadas en el auto 411 de 2015, con el agravante de que a partir del tercer trimestre de 2017 no se han presentado reportes en RC”*, lo que adicionalmente denotó la inactividad de las autoridades competentes para contrarrestar tal situación. Sobre este particular en la medición de acciones de tutela efectuada por el Ministerio se observó que 43, 2% de las acciones de tutela interpuestas en el año 2017 y el 41, 22 % en el 2018 fue para reclamar servicios de salud POS o PBS que no ha sido negado, pero está demorado¹⁸.

9. Por consiguiente, esta decisión se funda en la necesidad de evitar la desatención de servicios a los que la población tiene derecho, y que fue proferida en vista de la falta de medidas efectivas al respecto por parte de las autoridades

¹⁷ Numeral 8.3.5 de la parte considerativa del auto 411 de 2015.

¹⁸ No obstante, con posterioridad a la expedición del auto de valoración, la Defensoría del Pueblo en el informe *“La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018”* evidenció que el porcentaje de solicitudes contenidas en las acciones de tutela relacionadas con servicios PBS en el año 2017 en el régimen contributivo alcanzó el 74, 27 % y el 71,48% en el subsidiado; por su parte, para 2018 fue de 83,19% en el contributivo y 79,81% en el subsidiado. Cfr. <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Tutela-los-derechos-de-la-salud-2018.pdf>.

competentes, pese a que desde el año 2008 la Corte ha reprochado tanto la negación de este tipo de servicios, como la actitud pasiva de las autoridades frente a ella.

10. No obstante, cabe resaltar, que al momento de proferir la orden a la cual se viene haciendo referencia, no solo se tuvo en cuenta la realidad fáctica presentada, si no todos los planteamientos emitidos en ese entonces por el Ministerio para no cumplirla¹⁹. A lo anterior se agrega, que si bien los peritos constitucionales voluntarios no fueron consultados específicamente sobre el cumplimiento del mandato cuarto²⁰ del auto 411 de 2015, sí se les corrió traslado del informe presentado por el Ministerio el 19 de diciembre de 2016, en el que se pronunció sobre la devolución de dineros pagados sin justa causa, al respecto, uno de ellos indicó que los informes allegados por la cartera de salud no daba cuentas respecto de su cumplimiento, sin referirse particularmente a los motivos expuestos en la solicitud objeto de estudio, pues hasta ese momento no habían sido planteados.

11. Una vez claro el fundamento de la directriz de devolución de los dineros obtenidos sin justa causa, la Sala realizará un análisis de cada uno de los planteamientos del MSPS, previo estudio de lo atinente a la naturaleza y destinación de los recursos de la UPC, la devolución de los dineros pagados sin justa causa en materia de salud, y anunciará casos donde se contemplan la posibilidad de la devolución de la unidad de pago por capitación.

Naturaleza y destinación de los dineros de la UPC.

12. El artículo 48 de la Constitución Política establece que los recursos de la seguridad social no se podrán destinar ni utilizar a los fines diferentes a ella, por su parte el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, dispone que las EPS tienen como función básica la de “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”, plan que conforme al artículo 182 de la Ley 100 de 1993 es financiado por la Unidad de Pago por Capitación reconocida por cada afiliado.

13. Por consiguiente, conforme a esa normatividad, la UPC tiene que reservarse para atender servicios incluidos en el Plan de Beneficios, sin que las empresas promotoras puedan usar estos recursos para otra actividad. Con respecto a este punto, la Corte en la sentencia C-828 de 1997 puntualizó que las EPS tienen que disponer de los recursos de la UPC para la prestación de los servicios POS²¹; igualmente en otra oportunidad²² expresó que el recaudo que hacen las EPS no les pertenece a ellas, sino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, debido a que es una contribución parafiscal. Así mismo, en la sentencia C-828 de 2001 indicó que: “las UPC no son recursos que pueden catalogarse como rentas

¹⁹ Sin que se evidenciara que el Ministerio durante lo más de tres años transcurridos desde notificado el auto 411 de 2015, hubiere planteados los argumentos ahora expuestos, con los cuales prácticamente pretende que se revoque o modifique la directriz que viene desde esa anualidad.

²⁰ En concordancia con el numeral 10.5 de las consideraciones de dicha providencia.

²¹ Hoy PBS.

²² Sentencia SU-487 de 1997.

propias de las EPS, porque en primer lugar, las EPS no pueden utilizarlas ni disponer de estos recursos libremente. Las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS.” (Se resalta).

14. Adicionalmente, la sentencia C-978 de 2010 indicó que a las EPS se les otorga mensualmente una UPC por cada afiliado que corresponde al valor de aseguramiento per cápita que permite al usuario del Sistema recibir la atención de salud de servicios POS que requiera. Igualmente reiteró, que la unidad de pago por capitación tiene un carácter parafiscal debido a que su objetivo consiste en financiar en su totalidad la ejecución del entonces POS e indicó que el papel de ésta “*dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es dar cobertura a: (i) El monto calculado del costo de los servicios de salud a que tiene derecho la población protegida de acuerdo con sus necesidades, y (ii) La remuneración a que tienen derecho las EPS por la administración de los riesgos cubiertos.*” (Se resalta).

Devolución de los dineros pagados sin justa causa en materia de salud

15. Una de las razones que dieron lugar al mandato de devolución de dineros, fue la conclusión de esta Corporación en relación a la injustificada destinación que le habrían dado las EPS a los recursos de la UPC, al no utilizarlos en la financiación de los servicios incluidos en el plan de beneficios y generar incertidumbre en su destino contraviniendo la Constitución, y la debida ejecución de los recursos públicos. Es preciso señalar que conforme al literal g del artículo 154 de la Ley 100 de 1993, el Estado debe intervenir en el servicio público de seguridad social en salud para evitar que los recursos destinados al SGSSS sean invertidos o utilizados en fines distintos; así mismo el artículo 25 de la Ley 1751 de 2015 indicó que los recursos públicos destinados a la salud tienen un propósito específico y no pueden ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente

16. Ahora bien, el artículo 3° del Decreto 1281 de 2002, modificado por el artículo 7° de la Ley 1949 de 2019 establece que cuando la ADRES o cualquier entidad que en ejercicio de sus competencias como participante en el flujo de recursos del SGSSS detecte que se presentó apropiación sin justa causa “*solicitará la aclaración del hallazgo a la persona involucrada, para lo cual remitirá la información pertinente, analizará la respuesta dada por la misma y, en caso de establecer que se configuró la apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, ordenará su reintegro, actualizado al Índice de Precios al Consumidor, IPC, dentro de los plazos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social*”²³. Además, indica esa norma que la entidad que en el

²³ Antes de la modificación por el artículo 7° de la Ley 1949 de 2019 la norma establecía lo siguiente: “*Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud*

ejercicio de sus competencias identifique en el proceso de reintegro actos constitutivos de infracciones a las normas del sistema deberá informar en forma inmediata y con las pruebas suficientes a la Superintendencia Nacional de Salud para que adelante las investigaciones correspondientes.

17. En virtud de una consulta elevada por el Ministerio de Salud el Consejo de Estado, en concepto 2235 de 7 de diciembre de 2015 puntualizó que el reintegro de los recursos apropiados sin justa causa tienen su fundamento en principios generales del derecho como lo es que nadie puede enriquecerse injustamente a costa del otro. Y señaló expresamente lo siguiente:

*“El tenor del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 ‘[c]uando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, **detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho (...)**’.*

Se desprende entonces que la apropiación o reconocimiento de los recursos de la salud, tiene la calidad de no debida, siempre y cuando se haya realizado sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento. Esto implica que el derecho a exigir la devolución de los recursos de la salud, nace en la apropiación o reconocimiento indebidos que consagra el Decreto Ley 1281 de 2002.

***Por tanto, la obligación de reintegro de los recursos de la salud tiene naturaleza ex lege, esto es, encuentra su fuente en la ley y en la Constitución Política: el giro de los recursos a los operadores del sistema no se hace por voluntad o un acto de liberalidad del Fosyga, sino porque existen una serie de disposiciones que le ordenan bajo ciertas condiciones, claramente preestablecidas, hacer la entrega de los dineros. Por lo tanto, la entrega indebida de los recursos constituye un incumplimiento de la ley o, de lo cual surge para las EPS y demás EOC la obligación jurídica de devolver lo reconocido o apropiado indebidamente”.** (Se resalta)*

En ese mismo concepto del Consejo de Estado al indagársele por los aspectos de hecho y de derecho que debían tenerse en cuenta para establecer si se presentó una apropiación o reconocimiento del recurso del sistema sin justa causa, puntualizó que:

“[L]a existencia de una apropiación o reconocimiento sin justa causa no puede reducirse a una casuística restringida y predefinida, pues dicha situación puede

quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.- Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que maneja los recursos, éste deberá reintegrarlos en el momento en que detecte el hecho.-En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor, IPC”.

presentarse en cualquier evento en que la destinación de los recursos de la salud se haga sin un fundamentos legal claro, incluso si dichas causas no están previstas expresamente en el reglamento.

En esa medida, la existencia de una apropiación o de un reconocimiento sin justa causa deberá determinarse en cada caso concreto a partir de criterios objetivos, como puede ser la confrontación de los requisitos legales exigidos para hacer los correspondientes giros de los recursos, la revisión de información administrativa y el control de la información contable de cada uno de los operadores del sistema receptores de los recursos de la salud.

La razón de ser de que cualquier apropiación o reconocimiento sin justa causa deban ser considerados como “indebidos” aunque los hechos que lo generen no estén previstos en el reglamento, está en la esencia misma del sistema de seguridad social en salud, en el que se procura que los recursos se asignen de forma exclusiva a los fines para los cuales se reservaron, pues constituyen recursos públicos sujetos a una normatividad precisa, que establece funciones y responsabilidades entre los diferentes órganos y entidades que los administran..

Es entonces la naturaleza especial de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón suficiente para que se haya previsto que cualquier erogación que se efectúe sin una justificación legal, clara y suficiente, sea objeto de reintegro. En esa medida, la causa eficiente para que los administradores del Fosyga puedan exigir la restitución de los recursos del sistema de seguridad social y para que los operadores del sistema tengan la obligación de reintegrarlos, es precisamente la ausencia de una “justa causa” que respalde el desplazamiento de los recursos de un patrimonio a otro.” (Se resalta).

18. A lo anterior debe agregarse, que si bien el artículo 3° del Decreto 1281 de 2002 señalaba que cuando se detectara una apropiación sin justa causa en los casos señalados por el reglamento, procedería el reintegro de esos dineros; el artículo 7° de la Ley 1949 de 2019²⁴ modificó aquella normativa y al establecer el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa no lo limitó a ningún reglamento.

19. Por lo expuesto, es importante resaltar que constitucional y legalmente está justificada la posibilidad de solicitar el reintegro de los dineros pagados sin justa causa en materia de salud, en virtud del carácter parafiscal de esos recursos, y su destinación específica; motivo por el cual, le corresponde a las autoridades propender para que los mismos no sean empleados a otro fin. Además, teniendo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado, la apropiación sin justa causa se puede presentar en cualquier caso en que la destinación de los recursos no sea conforme a la ley, por lo que es posible que se solicite la devolución del valor pagado por la UPC, cuando se establezca que los mismos no fueron empleados para prestar los servicios del entonces POS, hoy PBS, situación que puede presumirse de la negación injustificada de estas tecnologías a los usuarios.

Eventos de devolución de la UPC y no pago de la UPC

²⁴ “Por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones”.

20. Es preciso señalar que legalmente se ha consagrado la posibilidad de la devolución de los dineros de la UPC, y considerado que no existe derecho a la misma como por ejemplo en los casos de pago sin justa causa y por negación de servicios, así:

El artículo 19 del Decreto 2280 de 2004, derogado por el artículo 4.1.1 del Decreto 780 de 2016 establecía que:

“El Fosyga, a través de su Administrador Fiduciario, realizará los cruces y validaciones para evitar pagos sin justa causa de UPC y, en todo caso, realizará la verificación de la inexistencia de duplicados en el proceso de compensación para recaudos correspondientes a cotizaciones de los periodos que se presentan en el proceso.

En caso de evidenciarse pagos de UPC sin justa causa, el Fosyga, a través de su Administrador Fiduciario, o el Ministerio de la Protección Social, requerirán de la respectiva entidad la devolución de los correspondientes recursos en poder de la entidad promotora de salud, EPS, o demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3o del Decreto-ley 1281 de 2002 y deberá dar traslado de los hechos y soportes documentales a la Superintendencia Nacional de Salud, sin perjuicio de la responsabilidad del Administrador Fiduciario de Recursos del Fosyga por efectuar pagos sin justa causa”. (Se resalta).

El artículo 2.1.9.2 del Decreto 780 de 2016 señala que

“Cuando una EPS, a pesar de que el trabajador le haya acreditado que su empleador le practicó el descuento del aporte a salud, niegue la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios al trabajador cotizante y su núcleo familiar que se encuentre con tratamientos en curso, sea en atención ambulatoria, con internación, de urgencias, domiciliaria o inicial de urgencias, no tendrá derecho a recibir las UPC correspondientes a los períodos de mora.

El trabajador cotizante deberá reportar a la Superintendencia Nacional de Salud los casos en los que la EPS niegue los servicios argumentando la mora del empleador. El reporte se hará mediante la remisión del "formato de negación de servicios" o por vía escrita o telefónica o cualquier otro medio expedito que disponga esa entidad.

Una vez recibida esta queja, la Superintendencia Nacional de Salud solicitará a la EPS las explicaciones del caso, verificará si la negación de servicios de salud obedeció a la mora del empleador, adoptará respecto de la EPS las medidas de su competencia y procederá a inscribir a la EPS en el listado de entidades que negaron servicios al trabajador. Copia de este listado será remitido mensualmente al Fosyga o quien haga sus veces para efectos de la compensación.

Cuando el empleador en mora efectúe el pago de las cotizaciones por los períodos adeudados, la EPS deberá girar las cotizaciones y los intereses de mora que se hubieren causado al Fosyga o quien se haga sus veces sin que haya lugar al reconocimiento de las correspondientes UPC.”

El artículo 2.6.4.5.2 del Decreto 780 de 2016 adicionado por el artículo 1 del Decreto 2265 de 2017, señala lo siguiente:

“El reintegro de los recursos del aseguramiento cuando se hubiere efectuado un giro de lo no debido, procederá de la siguiente manera:

A) En el Régimen Subsidiado.

1. Cuando el giro de lo no debido se presenta por novedades reportadas por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) con relación a afiliados del régimen subsidiado en la base de datos de afiliados, estos valores serán descontados en los siguientes giros, hecho del cual serán notificadas las EPS y la respectiva entidad territorial. En el evento en que en la ADRES no existan recursos a favor de la EPS para efectuar el descuento, los recursos correspondientes al giro de lo no debido deberán ser reintegrados por parte de las EPS.

2. Cuando el giro de lo no debido se detecta como consecuencia de auditorías a la base de datos de afiliados o sobre el histórico de las UPC reconocidas se adelantará el procedimiento definido para tal fin. Igual procedimiento se debe seguir cuando por falta de existencia de recursos no se puedan realizar los descuentos establecidos en el numeral anterior y la EPS no haya reintegrado los recursos correspondientes.

B) En el Régimen Contributivo.

1. Cuando el giro de lo no debido se presenta por novedades reportadas por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) con relación a afiliados del régimen contributivo, en la base de datos de afiliados, estos valores serán notificados a las EPS y deberán ser reintegrados a la ADRES en los veinte (20) días hábiles siguientes.

2. Cuando el giro de lo no debido se detecta como consecuencia de auditorías a la base de datos de afiliados o sobre el histórico de las UPC reconocidas se adelantará el procedimiento establecido para tal fin.

PARÁGRAFO. *En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contar con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor (IPC).*

En el evento en que la EPS no efectúe el reintegro en el término previsto en las normas, la ADRES podrá descontarlo de futuros reconocimientos de UPC o de cualquier otro reconocimiento.”

El artículo 2.6.4.5.3 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 2265 de 2017 indica que:

“En el evento que un afiliado a alguno de los regímenes exceptuados o especiales se haya afiliado simultáneamente a una Entidad Promotora de Salud (EPS), la ADRES deberá solicitar a la respectiva EPS el reintegro de los recursos que por concepto de UPC se le hubieren reconocido por dicho afiliado durante el tiempo de la

afiliación múltiple, en los términos establecidos en el artículo 2.1.13.6 del presente decreto”.

Adicionalmente, es preciso mencionar que el Ministerio de Salud en varias oportunidades en el año 2012 anunció que las EPS que negaran servicios POS, hoy PBS, debían devolver los dineros de la UPC es así que la Ministra de la época indicó: “*si las EPS hacen negaciones injustificadas de intervenciones o medicamentos, que estén en el POS, será descontado (el monto) en el proceso de compensación correspondiente, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado*”²⁵, igualmente expresó “*Hemos tomado la decisión, en discusión con los señores viceministros, que si las EPS hacen negaciones injustificadas de intervenciones o medicamentos, que inequívocamente estén en el POS, será descontado en el proceso de compensación correspondiente, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado*”²⁶.

21. Por lo anterior, se puede colegir que el reintegro de la UPC por negación injustificada de servicios POS, hoy PBS, no es un tema novedoso, debido a que la cartera de salud en su oportunidad señaló tal consecuencia derivada de la falta de prestación de servicios cubiertos por el plan obligatorio de salud. Además, que la legislación les da la facultad a las autoridades pertinentes para obtener la devolución de los recursos de la seguridad social apropiados sin justa causa. Por consiguiente, si el SGSSS paga mensualmente por los servicios incluidos en plan de beneficios no se justifica que se nieguen los mismos.

22. Dejando claro lo anterior, se procederá a analizar cada uno de los fundamentos de la solicitud del Ministerio encaminada a la modulación de la orden a la cual nos hemos venido refiriendo a lo largo de este proveído, así: (a) la orden h del numeral segundo de la parte resolutive del auto 122 de 2019 no es conducente con el fin perseguido; (b) posiblemente vulnera el debido proceso de las EPS; y (c) afecta el interés general.

(a) *La orden impartida no es conducente con el fin perseguido:*

22.1. Aseguró el Ministerio que el reporte de los servicios negados no fue efectuado por la totalidad de las EPS, por lo que no conoce, ni tiene registro de aquellas tecnologías negadas no reportadas por algunas aseguradoras, y por tal razón, la orden impartida no generaría para ellas consecuencia similar al de las empresas promotoras que sí reportaron, e indicó que “*aplicar la orden, tal cual está establecida, implicaría un premio para aquellas EPS que no acataron la norma imperativa relacionada con el reporte de información*”.

Con respecto a este planteamiento de la cartera de salud, se tiene que si bien es cierto que no todas las entidades han efectuado la totalidad de registros negados, también lo es que es deber del Ministerio adoptar las medidas necesarias

²⁵ Diario el universal 26 de abril de 2012, <https://www.eluniversal.com.co/colombia/las-eps-se-les-descontaran-recursos-por-negar-servicios-74126-GUEU156918>

²⁶ <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/A%20EPS%20que%20nieguen%20servicios,%20Minsalud%20les%20descontar%C3%A1%20de%20las%20facturas.aspx>

incluidas las coercitivas, para que la totalidad de las EPS realicen ese reporte, en vista de la reticencia de las mismas.

En efecto, justamente la tarea del Ministerio de Salud es certificar quienes cumplen y quienes no lo hacen, para así dar traslado a las autoridades respectivas y, por otro lado, proceder con lo ordenado en el auto que aquí se controvierte.

Además es necesario recordar que, en el auto 411 de 2015, al percatarse la Sala que no todas las EPS habían enviado tal información, reprochó no solo la actitud de estas entidades, sino además consideró, que el MSPS debía adoptar medidas más efectivas con el fin de conseguir que se hiciera el registro por cada una de las entidades obligadas, razón por la cual, en el numeral 10.3 de las consideraciones se le ordenó *“garantizar que las EPS y EOC reporten, de manera completa y en periodos definidos en la normativa. Para tal efecto, debe establecer las causas de dicha reticencia y adoptar las medidas a corto plazo correspondientes para lograr que en 6 meses el 100 % de las entidades habilitadas entreguen los informes”*.

Adicionalmente, en el numeral 10.14 se le requirió a la Superintendencia de Salud que iniciara *“las diligencias correspondientes contra las EPS que no han reportado o no lo han hecho oportunamente conforme a los datos consolidados y, aplique las sanciones previstas en la Ley 1438 de 2011”*.

Por lo anterior, para la Corte no es válido este argumento como motivo para modular una orden, cuando el mismo denota una inactividad por parte del ente regulador y de la Superintendencia Nacional de Salud, más aún cuando desde el año 2016 no debería existir ninguna EPS que desatendiera la obligación de reportar servicios negados.

(b) *Posible vulneración al debido proceso de las EPS*

21.2 El Ministerio indicó que la orden h del numeral segundo de la parte resolutive del auto 122 de 2019 genera una sanción a las EPS por la injustificada falta de prestación de los servicios de salud que le fueron solicitados, por lo que señaló que para imponer una sanción sin que se transgredan los derechos de las aseguradoras se requiere que se adopte un procedimiento con el fin de que se materialice el debido proceso.

Con respecto a este punto es importante señalar que la Corte ordenó a ese órgano Ministerial obtener la devolución de los dineros pagados sin justa causa debido a la negación de servicios POS; sin embargo, es deber de la cartera de salud dar apertura a la actuación administrativa de rigor, con el respeto del debido proceso administrativo.

A lo anterior se agrega que la directriz impartida por esta Corporación está fundada en el artículo 3° del Decreto 1281 de 2002, que establece los derroteros para la obtención de los dineros apropiados sin justa causa, y en razón de esa normatividad el Ministerio ha establecido el trámite para el reintegro de tales

recursos a través de varios actos administrativos en el transcurso de los años, procedimiento que se encuentra regulado en la actualidad por la Resolución 1716 de 2019.

Por consiguiente, existe un trámite para la devolución de los dineros sin justa causa, en el que se evidencia que esta no se hace de manera automática, sino que en forma previa debe surtir un procedimiento en el que se solicita la aclaración de los hechos y con posterioridad a ello se adopta una la decisión de ordenar el mismo, garantizando de esta forma el debido proceso, el derecho a la defensa de la entidad involucrada y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

(c) Afectación del interés general

21.3. El Ministerio señaló que la estimación de la UPC no es resultado de la sumatoria de valores de cada servicio y tecnología financiada, ni del gasto individual si no que se deriva del valor asegurado de los siniestros futuros del grupo igualmente asegurado y tiene en cuenta la probabilidad del uso de tales servicios y tecnologías. Además, declaró que:

“La devolución de la UPC en los periodos en los cuales se presentaron negaciones, conllevaría una afectación de la garantía del derecho a la salud, en el entendido que como gestión del riesgo considera la totalidad de la población y la totalidad de los recursos presupuestados desde el inicio de cada periodo, al pretender la devolución de estos recursos, se estaría poniendo en riesgo el equilibrio que el mismo sistema de aseguramiento conlleva, afectando a todos los asegurados de la correspondiente EPS, independientemente que la negación del servicio se haya producido frente a determinados usuarios en particular”.

Antes de resolver la situación señalada por el Ministerio, cabe destacar que la Sala no desconoce que el valor de la UPC no es la suma de los servicios y tecnologías financiadas, así como tampoco del gasto individual que generan los servicios utilizados por los usuarios; y por el contrario reconoce que el valor de la UPC es el cálculo que se realiza anualmente del riesgo en salud y que para ello se toma en consideración el perfil epidemiológico nacional, la estructura demográfica de la población relevante, la tecnología disponible en el país, la protección integral de las familias, la maternidad y la enfermedad general en las etapas de promoción, diagnósticos, teniendo en cuenta el uso y los niveles de atención y complejidad.

Dejando claro lo anterior y debido a que el Ministerio encuentra que la orden emitida por esta Sala puede ocasionar un desequilibrio en el sistema, que en últimas se traduciría en “una afectación de la garantía del derecho a la salud”, esta Corporación, en forma de panorama general, hizo un comparativo de los servicios negados mensualmente por las EPS en cada régimen, con la población afiliada²⁷, observando que el porcentaje de no autorización en comparación con esta, no supera el 0,1%, que debe ser distribuido entre todas la EPS proporcionalmente a sus negaciones de servicios PBS UPC. Lo anterior, en el

²⁷ Esto por cuanto las EPS reciben la UPC, teniendo en cuenta el numero de afiliados.

escenario de que agotadas las etapas de defensa se determinara en todos los casos que las negociaciones configuran un pago sin justa causa.

Por lo tanto, si bien la Sala reconoce que el reintegro de los dineros bajo estudio produce una disminución de los recursos que las EPS tienen disponibles para la atención de los servicios y tecnologías en salud cubiertas con cargo a la UPC, considera que dicha situación no genera un impacto de tal magnitud que conlleve a un desequilibrio del sistema como lo afirma el Ministerio.

Además de lo anterior, es preciso señalar que la posibilidad de la devolución de la UPC, viene dada legalmente, como lo establecen las normas transcritas previamente; adicionalmente, que el mismo procedimiento para el reintegro de recursos establece varias opciones como lo es efectuar acuerdos de pago. Por consiguiente, se pueden realizar convenios tendientes a que no se ocasione una afectación en el acceso de los servicios de la totalidad de la población afiliada.

Finalmente, la Sala estima pertinente recordar que en todo caso, si las EPS cumplen con la obligación de prestar oportunamente los servicios de salud cubiertos con cargo a la UPC, no verían impactada la prima que por cada usuario les reconoce de forma anticipada el SGSSS.

En atención a lo anterior, no se acoge el planteamiento la cartera de salud.

22. Por otro lado, en relación con lo manifestado por el Ministerio referente a que la devolución de las Unidades de Pago por Capitalización de las vigencias 2013, 2014, 2015 y 2016 desconoce el mandato del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 el cual establece “[l]os procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud quedarán en firme transcurridos dos (2) años después de su realización. Cumplido dicho plazo no procederá reclamación alguna”

Con relación a este punto es preciso señalar que la devolución de los recursos a partir de abril de 2012 a marzo de 2015 no es una orden dada en el auto 122 de 2019, si no que viene desde el auto 411 de 2015, y que fue emitida luego de analizar los reportes de servicios negados en ese marco temporal, en el que se evidenció que durante ese periodo no se autorizaron más de 50.000 solicitudes cuyos servicios estaban incluidos en el POS. Por lo tanto, al momento de proferir tal providencia no era factible aplicar el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, debido a que eran hechos anteriores a su vigencia, sin embargo, pese a que no había una normatividad que estableciera el término para iniciar el procedimiento administrativo de reintegro de los dineros apropiados sin justa causa sí podía aplicársele el término para presentar la demanda de reparación directa que conforme al literal i del numeral segundo del artículo 164 del CPACA, es de dos años.

Teniendo en cuenta estas precisiones, es importante señalar que, al momento de emitirse el mandato inicial, no había ocurrido el fenómeno de la caducidad respecto a los periodos comprendidos dentro de los dos años anteriores a la

notificación al Ministerio del auto 411 de 2015²⁸, esto es, a los giros y compensaciones a partir de septiembre de 2013. En este orden de ideas, no se desconoció flagrantemente el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, como lo hace ver el Ministerio después de cuatro años de emitido el mandato, sin haber expuesto los argumentos que hoy plantea, y que pretenden desconocer una directriz que busca desincentivar la negación de servicios sufragados por la UPC, y que ejecuten en forma debida los recursos parafiscales; situación que para esta Corporación resulta reprochable.

23. Sin embargo, en lo que le asiste razón a la cartera de salud, es que al momento de proferirse el auto 122 de 2019 habían transcurrido más de dos años del giro y compensación de los dineros de la UPC, reconocidos por cada uno de los usuarios a los cuales se les negaron servicios POS en el periodo 2013 a 2015. No obstante, lo que observa la Corte, es que si bien pudo haber transcurrido el plazo señalado para realizar reclamaciones, esto es resultado de la falta de diligencia y actividad por parte del MSPS.

En consecuencia, la omisión de la cartera de salud de realizar las gestiones pertinentes para recuperar aquellos dineros, podría haber conllevado a que emolumentos de la seguridad social en salud, especialmente los destinados a cubrir servicios POS, se hubieren empleado en otras actividades, situación que está proscrita por la Constitución Política, y que además desconoce el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, en el que especialmente señala que el Estado debe intervenir para evitar que los recursos destinados al SGSSS sean utilizados para fines distintos.

24. Ahora bien, es preciso indicar, en relación con las negaciones de servicios cuyos giros y compensaciones de UPC, que fueron realizadas con posterioridad a la vigencia de la Ley 1753 de 2015 y antes del 29 de julio de 2017²⁹ sí es aplicable la caducidad de que trata el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015. Sobre esta norma la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó que:

“En relación con el primer aspecto, la norma referida señala un término de prescripción de tres (3) años a partir de la fecha de prestación del servicio, de la entrega de tecnología o del egreso del paciente. Con respecto al segundo punto (proceso de giro y compensación), la norma legal señala un plazo de dos (2) años después de realizado el proceso, para formular cualquier reclamación surgida del mismo.

Nótese que, en este último caso, el precepto comentado no señala los motivos por los cuales pueden presentarse los reclamos, ni la parte que esté facultada para formularlos, lo cual le permite a la Sala concluir que tanto las EPS como las EOC como el Fosyga, el Ministerio de Salud y Protección Social y otras entidades públicas, disponen del mismo término para presentar sus reclamaciones, y que estas pueden referirse entre otras circunstancias, a pago o reconocimientos indebidos (o

²⁸ El auto 411 de 2015 fue notificado por estado el 22 de septiembre de 2015.

²⁹ Fecha que corresponde a los dos años anteriores a la notificación del auto 122 de 2019 al Ministerio de Salud.

sin justa causa) efectuados a favor de cualquiera de dichas partes dentro del proceso de dichas partes dentro del proceso de giro y compensación”.

Por lo anterior la Sala considera que es procedente la modulación de la orden en el entendido que se ordenará al Ministerio iniciar el trámite correspondiente para obtener la devolución de los dineros de la prima pagada por usuario, durante el mes en que haya sufrido la barrera en la prestación de servicios POS o PBS UPC de conformidad con la información del registro de negaciones con relación a dineros girados y compensados a partir de los dos años anteriores al mes siguiente de la notificación de la presente providencia, en el cual deberá garantizarse a las EPS frente quienes se pretende el reembolso, el derecho a la defensa, el debido proceso, y los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

25. No obstante, con respecto a la recuperación de los dineros girados y compensados entre septiembre de 2013 a marzo de 2015, como quiera que por omisión del Ministerio se dejó de iniciar el trámite para recuperar dineros presuntamente apropiados sin justa causa, se oficiará a la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación para que inicien las investigaciones correspondientes respecto de la presuntas faltas disciplinarias, fiscales y penales que se puedan derivar de tal conducta imputables a funcionarios del Ministerio de Salud.

26. Por otro lado, en relación a la solicitud del Ministerio de que esta Corporación establezca un procedimiento específico que garantice el debido proceso, el cual debe ser aplicado por la Superintendencia Nacional de Salud como órgano competente de adelantar las inspecciones, vigilancia y control de las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es preciso señalar, que como se expresó en letras atrás, el MSPS en desarrollo del artículo 3° del Decreto 1281 de 2002 modificado por el artículo 7° de la Ley 1949 de 2019 determinó el trámite para la recuperación de los dineros obtenidos sin justa causa, el cual se encuentra regulado a través de la Resolución 1716 de 2019.

Ahora, en cuanto a la competencia de la Superintendencia para realizar este trámite, cabe indicar que el artículo 3° de Decreto 1281 de 2002 modificado por el artículo 7° de la Ley 1949 de 2019 dispone que *“Cuando la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud detecte que se presentó apropiación sin justa causa de los mismos, solicitará la aclaración del hallazgo a la persona involucrada, para lo cual remitirá la información pertinente, analizará la respuesta dada por la misma y, en caso de establecer que se configuró la apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, ordenará su reintegro, actualizado al Índice de Precios al Consumidor, IPC”* e indica que cuando estas entidades mencionadas *“identifique en el proceso de reintegro actos u omisiones presuntamente constitutivas de infracciones de las normas del Sistema, informará de manera*

inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud, para que adelante las investigaciones administrativas a que haya lugar.” Por consiguiente, conforme a la misma ley el Ministerio tiene la competencia para investigar estas conductas debido a que las EPS le hacen el respectivo reporte de los servicios negados.

En consecuencia, en caso de que en el trámite llevado a cabo por parte de la cartera de salud para la recuperación de los dineros obtenidos sin justa causa evidencie que las EPS han incurrido en una conducta constitutiva de infracción, deberá informar a la Superintendencia con el fin de que esta inicie la correspondiente investigación, por lo tanto, no se ajustará la orden en este punto.

Solicitud del Ministerio en cuanto al registro de negaciones

27. En virtud de la petición del Ministerio, por medio del cual pretende la ampliación de unos términos contenidos en el auto 122 de 2019³⁰ y pone de presente la dificultad de cumplir ciertas directrices, la Sala procederá a resolver cada una de las solicitudes, no sin antes analizar el impacto de la eliminación del CTC y la creación del Mipres en la orden décima novena. Por lo tanto, una vez estudiado este aspecto se despacharán las peticiones presentadas. En este orden de ideas, se examinará (i) el inconveniente de cumplir con el requerimiento de aplicar de manera provisional el registro contenido en la Resolución 2064 de 2017 y suspender la obligación de presentar los informes del tercer y cuarto trimestre de 2019; (ii) la procedencia de ampliar el plazo para allegar los informes trimestrales y, (iii) lo relacionado con la dificultad para cumplir con el término dado para disminuir la causal otros motivos.

27.3.1.1. Ahora, es preciso señalar que el Ministerio también solicitó la prórroga para expedir el acto administrativo que regulaba el nuevo registro de negaciones; no obstante, se observó que el mismo ya fue emitido y su implementación tuvo lugar en atención al auto de valoración, puesto que empezó a regir a partir del 1 de enero de 2020, razón por la cual, la Corte se abstendrá de pronunciarse acerca de este punto, toda vez que en la actualidad existe una resolución de registros de servicios negados, la cual se analizará junto con su impacto y efectos en el próximo auto de valoración.

28. Antes de entrar a estudiar cada uno de los anteriores puntos, es importante aclarar que las disposiciones del trámite de la acción de tutela contenidas en el Decreto 2591 de 1991, no consagran una norma expresa en relación con la manera en que debe actuar el juez constitucional ante la solicitud de prórroga del término otorgado a las autoridades competentes. Por lo tanto, como quiera que el plazo concedido en el auto 122 de 2019 obedeció a una estimación prudencial de la Corte, esta Sala hará un análisis de la solicitud y de las razones expuestas por el MSPS para así tomar una decisión en torno a la procedencia o no de la misma.

³⁰ Por medio del cual se valoró en segunda ocasión la orden décima novena.

Impacto de la eliminación del CTC y la creación del Mipres en la orden décima novena

29. Es importante resaltar que el auto 411 de 2015 calificó el cumplimiento del mandato 19 con nivel bajo, como consecuencia de ello impartió una serie de órdenes, como el rediseño del registro de negaciones, requiriendo que el reporte se alimentara mediante una plataforma web.

30. Cabe destacar que, con posterioridad a tal providencia, el Ministerio³¹ presentó informe acerca de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a lo dispuesto en el auto mencionado, afirmando que se había avanzado con el registro de servicios negados y que la directriz referente a ser alimentado por medio de una página web, se cumplía con la plataforma Mipres³².

31. No obstante, esta Sala a través del auto 122 del 2019 concluyó que la herramienta Mipres no era un instrumento para registrar los servicios negados, sino para reportar aquellas tecnologías no financiadas por la UPC³³, además encontró que debido a la puesta en marcha de tal mecanismo, no se estaba recaudando información de servicios negados en el régimen contributivo, razón por la cual, consideró que mientras se creaba y funcionaba un nuevo registro, debía implementarse de manera provisional en el régimen contributivo, el que regía para el subsidiado.

32. Ahora bien, es necesario realizar las siguientes precisiones en relación con la orden décima novena, los CTC, y el Mipres, así: (i) la finalidad de la orden décima novena fue establecida en el auto 122 de 2019, en donde se precisó que el mandato no se encuentra supeditado a la existencia de los CTC, toda vez que su propósito es evitar la negación de los servicios de salud que los usuarios tienen derecho -financiados o no por la UPC-, por lo que es necesario conocer las tecnologías no autorizadas o no suministradas, pese a ser prescritas por el médico

³¹ El 19 de diciembre de 2016.

³² Mi prescripción.

³³ Esto es dando cumplimiento a la orden vigésima tercera de la sentencia T-760 de 2008, la cual determinó lo siguiente: “Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la respectiva EPS autorice directamente tanto los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado), diferente a un medicamento, como los medicamentos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando estas sean ordenados por el médico tratante.

Hasta tanto éste trámite interno de las EPS no sea regulado de manera definitiva, se ordena al Ministerio de la Protección Social y a la Comisión de Regulación en Salud –y mientras este es creado al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud– que adopten las medidas necesarias para garantizar que se ordene a las entidades promotoras de salud, EPS, extender las reglas vigentes para someter a consideración del Comité Técnico Científico de la entidad la aprobación de un medicamento no incluido en el POS, a las solicitudes de aprobación de los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud, distintos a medicamentos, tales como actividades,

procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando éstos sean ordenados por el médico tratante, teniendo en cuenta los parámetros fijados por la Corte Constitucional. Esta orden deberá ser cumplida dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia.

Cuando el Comité Técnico Científico niegue un servicio médico, de acuerdo con la competencia de que trata la presente orden, y posteriormente se obligue a su prestación mediante una acción de tutela, sólo procederá el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, de acuerdo con lo dicho en esta providencia.

El Ministerio de la Protección Social deberá presentar, antes de marzo 15 de 2009, un informe sobre el cumplimiento de esta orden a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, con copia a la Corte Constitucional”.

tratante, situación que persiste con independencia de que actualmente no estén funcionando los comités técnicos científicos; (ii) el CTC estaba diseñado para decidir sobre la dispensación de las tecnologías no POS y, (iii) el Mipres es una herramienta de prescripción directa de servicios PBS no UPC, por lo tanto, los servicios PBS UPC y excluidos no se prescriben a través de ella.

33. A lo anterior se agrega que el Mipres no permite determinar la negación de servicios y tecnologías, independientemente de si son servicios complementarios, excluidos, incluidos en el plan de beneficios financiados por la UPC o no.

34. Además, en virtud de la creación de aquella herramienta no se han dejado de negar servicios, como se puede observar en el informe presentado por el Ministerio en el 2019³⁴, con ocasión de la orden trigésima, en el que se toma la muestra de las acciones de tutela interpuestas en el año 2018. El cual arrojó los siguientes datos:

Tabla No. 1

Categoría de solicitudes	Régimen				No. de casos	Porcentaje
	Contributivo	Especial	subsidiado	Vinculado		
Solicitud de servicios de salud del Plan de Beneficios que no ha sido negada pero está demorada	1.630	399	1.867	61	3.957	41.22%
Solicitud de servicios de salud no incluido en el Plan de Beneficios que fue aprobada pero está demorada	577	75	778	9	1.439	14.99%
Solicitud de servicio negado por ser NOPBSUPC	545	73	749	18	1.385	14,42%

35. De igual manera, con posterioridad a la creación de la herramienta Mipres se siguen interponiendo solicitudes de amparo para el reclamo de servicios de salud³⁵. Incluso hay casos donde se han negado servicios por inconvenientes con la herramienta Mipres. Así, en sentencia SU-124 de 2018 la accionante promovió la acción constitucional contra Coomeva EPS al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la salud, entre otros, en razón a la negativa por parte de esta EPS de autorizar el examen denominado Centocancer “*bajo el argumento de que la prescripción Clínica no fue adjuntada al aplicativo MIPRES*”.

En esa oportunidad, la Sala Plena indicó que la EPS vulneró el derecho fundamental a la salud de la accionante “*con el trámite administrativo MIPRES impartido a la orden médica de realizar el examen CENTOCANCER, pues*

³⁴ Cfr. AZ Orden XXX-D, folios 1443 a 1472.

³⁵ Como se puede evidenciar en las acciones de tutela seleccionadas por esta Corporación. Sentencias T-673 de 2017, SU- 124 de 2018, T-336 de 2018, T-436 de 2019, T-485 de 2019, T-527 de 2019, entre otras

culminó con su anulación por la falta de visualización de la prescripción del especialista (...)", además que: "En ese sentido y de acuerdo con la opinión del médico tratante, las entidades públicas y los expertos invitados, para la Sala no existe duda de que la prueba CENTOCANCER ordenada a la paciente el 5 de julio de 2017, estaba determinada en la mencionada referencia regulatoria (código 908412) y se encontraba incluida en el PBS, aspecto que fue ignorado por la EPS accionada al momento de tramitar internamente la solicitud del procedimiento, pues utilizó la aplicación MIPRES, destinada a procedimientos no incluidos en el PBS, y posteriormente la anuló por falta de 'visualización' de la orden médica."

Del mismo modo, en la sentencia T-239 de 2019 la Sala Novena de revisión analizó el caso de una menor de edad diagnosticada con parálisis cerebral tipo cuadriparesia espástica, a quien se le prescribió una silla de ruedas por su condición, la cual fue negada por Compensar EPS al aducir que el aplicativo Mipres no lo permitía solicitar este insumo.

36. En este orden de ideas, tal como se señaló en el auto de valoración 122 de 2019, el Mipres es una herramienta diseñada para prescribir en forma directa servicios incluidos en el plan de beneficios que tienen una fuente de financiación distinta a la UPC. Por lo tanto, tal mecanismo no reemplaza, ni suple el registro de negaciones, debido a que no está creado para ello, así como tampoco en virtud del mismo se dejan de negar servicios como se demostró con los anteriores casos, motivos por los cuales no se puede entender que con la eliminación del CTC y la creación del Mipres se desaparecen los fundamentos que dieron lugar a proferir la directriz décima novena.

Por consiguiente, independientemente de crear Mipres y eliminar los CTC el Ministerio debe garantizar la existencia de un registro de servicios negados, toda vez que la orden décima novena continúa vigente. Ahora bien, como quiera que actualmente con el mecanismo de prescripción directa de los servicios PBS no UPC se varía la manera en que se concibió originalmente la directriz y se diseñó el registro, es obligación de la cartera de salud hacer ajustes al reporte de servicios negados, en atención a los nuevos parámetros que rigen en el Sistema de Salud, en cuanto a la prescripción y autorización de las tecnologías, en especial las PBS no UPC y los servicios complementarios.

37. Es por ello, que se puede decir, que la entrada en vigencia del Mipres impacta en la orden décima novena, no respecto de su eliminación, sino en lo atinente a que los registros de negaciones ya no van a estar en consonancia con el CTC, y lo estarán con la actual forma de prescripción de las tecnologías no financiadas con la UPC.

Respuesta a las solicitudes presentadas por el Ministerio de Salud

(i) Inconveniente de cumplir con el requerimiento de aplicar de manera provisional e inmediata el registro contenido en la Resolución 2064 de 2017 y

suspender la obligación de presentar los informes del tercer y cuarto trimestre de 2019

38. El Ministerio indicó que al eliminarse los CTC y entrar a operar Mipres, no podía aplicar los anexos técnicos establecidos en la Resolución 2064 de 2017, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

39. Previo a resolver este punto, es importante señalar que en el régimen contributivo a partir de la entrada en vigencia de la herramienta Mipres, se eliminó el registro de negaciones.

En cuanto al subsidiado, se observó que la cartera de salud expidió la Resolución 2064 de 2017 mediante el cual adoptó un registro de negaciones para este régimen, por lo que al valorar el nivel de cumplimiento de la orden décima novena en el último auto de valoración, la Sala consideró que existían medidas. Sin embargo, luego de emitido el 122 de 2019 y en virtud de la solicitud presentada por el Ministerio, se encontró que las circunstancias variaron, toda vez que esta entidad expuso la manera cómo la entrada en vigencia del Mipres impactó en el registro de negaciones diseñado por esa cartera así:

(a) *“La puesta en funcionamiento de Mipres y por tanto, la eliminación de los CTC, como se anotó, constituyen decisiones de política pública que impactan directamente en la mencionada orden (décima novena), porque dicha instancia (CTC), que era la encargada de autorizar o negar los servicios no financiados con la UPC, hoy no existe y por tanto, el registro de negaciones diseñado bajo la concepción de la precitada orden, no se ajusta a la reglamentación actual de este Ministerio sobre el procedimiento para acceder a los referidos servicios”.*

(b) *“Para el segundo trimestre de 2019, como se anotó en la respuesta a la pregunta anterior, algunas EPSS reportaron información sobre servicios negados. Esta situación llama la atención de este Ministerio por cuanto MIPRES y CTC son incompatibles y por ende, técnicamente la herramienta no está diseñadas para recoger información simultáneamente. **En tal sentido y dada la gradualidad en la activación de MIPRES, se entendería que únicamente las EPSS que operan en las entidades territoriales que adoptaron MIPRES a finales del segundo trimestre, serían las llamadas a reportar servicios negados a través del registro.** Por lo anterior, esta entidad procederá a requerir explicaciones a las EPSS y en caso de ser necesario remitirá copia de lo actuado al organismo de inspección, vigilancia y control, conforme con ya anotado”.* (Se resalta).

(c) *“Desde el momento de la activación en Mipres, los servicios y tecnologías no financiados con la UPC que requiera el usuario y que sean ordenados por el médico tratante, se prescriben a través de la citada herramienta. Esta circunstancia incide en el recaudo y, por tanto, en la entrega de información a esa Corporación, a través del registro de negaciones vigente, en el marco de la orden décima novena como inicialmente fue concebida, por cuanto todas las entidades territoriales ya se encuentran activadas en Mipres”*

(c) “[A]l dejar de operar los Comités Técnico Científicos al interior del Sistema de Salud en el régimen subsidiado, los criterios de los anexos técnicos del registro de negación son inaplicables en los dos regímenes”.

Además, en tal documento, se plasmó que el Mipres entró a funcionar en el régimen subsidiado en las siguientes fechas:

Tabla No. 3

E.T.	Fecha de operación de Mipres	ET	Fecha operación de Mipres	E.T.	Fecha de operación de Mipres	E.T.	Fecha de operación de Mipres
Nariño	01/10/2018	Caquetá	01/04/2019	Guainía	03/04/2019	Arauca	23/04/2019
Atlántico	01/01/2019	Caldas	01/04/2019	Barranquilla	03/04/2019	San Andrés	26/04/2019
Cauca	01/01/2019	Valle del Cauca	01/04/2019	Tolima	04/04/2019	Chocó	13/05/2019
Bogotá, D.C.	01/01/2019	Boyacá	01/04/2019	Huila	05/04/2019	Vichada	01/06/2019
Casanare	01/02/2019	Bolívar	01/04/2019	Guaviare	05/04/2019	Amazonas	02/07/2019
Quindío	01/03/2019	Córdoba	01/04/2019	Cartagena	08/04/2019	Buenaventura	01/08/2019
Sucre	12/03/2019	Magdalena	01/04/2019	Santander	08/04/2019	Antioquia	01/10/2019
Santa marta	18/03/2019	La guajira	01/04/2019	Vaupés	12/04/2019		
Cundinamarca	01/04/2019	Cesar	02/04/2019	Meta	16/04/2019		
Risaralda	01/04/2019	Norte de Santander	02/04/2019	Putumayo	17/04/2019		

40. Conforme lo expuesto por Minsalud, en el régimen subsidiado, a partir de la entrada en vigencia de Mipres no era posible reportar los servicios negados, por ello, y teniendo en cuenta las fechas en que empezó a funcionar ese instrumento en dicho régimen, la Sala encontró que, a partir del 1 de julio de 2019³⁶, no se obtuvo información³⁷ de servicios no autorizados en 34 de los 37 departamentos y distritos, esto es, el 91,89% de los entes territoriales del país, y desde el 1 de octubre de la presente anualidad respecto de ninguno.

41. Por consiguiente, desde el 1 de octubre de 2019 y hasta el 31 de diciembre de 2019, como regla general, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, no se recolectaron datos relacionados con las negaciones de servicios, por lo que para la Corte, tal decisión se tornó en injustificada, teniendo en cuenta que, como se señaló con anterioridad³⁸, la creación del Mipres y consecuente eliminación del CTC, no es fundamento para que el Ministerio a *motu* propio deje de cumplir una directriz emitida por esta Corporación, cuando la falla estructural que dio origen a la misma continúa, además que después de más de diez años de proferida la sentencia T-760 de 2008 no se ha evidenciado un avance real.

³⁶ Esto es, inicio del tercer trimestre.

³⁷ Por regla general.

³⁸ En el título impacto de la eliminación del CTC y la creación del Mipres en la orden décima novena, numeral décimo de las consideraciones de esta providencia.

42. Lo anterior, toda vez que al revisar el informe de medición de tutela que realizó Minsalud con ocasión al mandato trigésimo, la Sala observó que la mayoría de las acciones de amparo interpuestas en los años 2016 a 2018 han sido para solicitar la prestación de servicios incluidos en el plan de beneficios, como se demuestra con las siguientes tablas, en las que se detallan año por año los cinco mayores motivos de solicitudes de tutela y su porcentaje.

Tabla No. 3

Año 2016	
Categoría de solicitudes	Porcentaje
Solicitud de atención integral	29,6%
Solicitud de servicio de salud POS que no ha sido negado pero está demorado	29,6%
Solicitud de servicio de salud no POS que fue aprobado pero está demorado	11,9%
Solicitud de servicio de salud ordenado por el médico tratante y negado por ser no POS	10,3%
Solicitud de servicio sin prescripción médica y negado por ser no POS	9,5%

Tabla No. 4

Año 2017	
Categoría de solicitudes	Porcentaje
Solicitud de servicio de salud POS que no ha sido negado pero está demorado	43,2%
Solicitud de atención integral	18,6%
Solicitud de servicio de salud no POS que fue aprobado pero está demorado	17,1%
Solicitud de servicio sin prescripción médica y negado por ser no POS	8,8%
Solicitud de servicio de salud ordenado por el médico tratante y negado por ser no POS	5,0%

Tabla No. 5

Año 2018	
Categoría de solicitudes	Porcentaje
Solicitud de servicio de salud del Plan de Beneficios que no ha sido negada pero está demorada	41,22%
Solicitud de atención integral	23,39%
Solicitud de servicio de salud no incluido en el plan de beneficios que fue aprobada pero está demorada	14,99%
Solicitud de servicio negado por ser NOPBSUPC	14,42%
Solicitud de exención de cuotas moderadoras o copagos	3,34%

43. Desde esta perspectiva, se tiene que entre octubre y el 31 de diciembre de 2019 no se llevó un registro de negaciones en el régimen contributivo ni en el subsidiado; no obstante, las circunstancias que dieron lugar a la emisión de la orden continúan, debido a que a partir del 2017 más del 40% de solicitudes de tutela han sido para solicitar la prestación de servicios POS o PBS.

44. Por lo expuesto, es necesario precisar, que si bien es cierto, la orden décima novena de la sentencia T-760 de 2008 estableció que el informe trimestral debía contener “(i) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la Entidad Promotora de Salud y que no sean tramitados por el Comité Técnico Científico, (ii) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad; (iii) indicando en cada caso las razones de la negativa, y, en el primero, indicando además las razones por las cuales no fue objeto de decisión por el Comité Técnico Científico”, también lo es, que esta directriz tuvo como finalidad determinar con claridad las negaciones

de servicios y tecnologías en salud, tanto de los servicios POS, como no POS, hoy PBS y excluidos, para que en virtud de esa información, las autoridades correspondientes tomen las medidas a que haya lugar.

45. En este orden de ideas, se reitera, que la orden emitida no pierde vigencia con la eliminación del Mipres, toda vez, que como se expuso, se siguen negando servicios, incluso PBS. Por esta razón, al eliminarse los CTC y crearse aquella herramienta, el Ministerio debió realizar las modificaciones respectivas, para poder obtener los reportes de negaciones, como se expuso en el capítulo precedente.

46. Ahora, aunque el Ministerio indicó en el documento allegado, que al dejar de operar los Comités Técnicos Científicos, los criterios de los anexos técnicos del registro de negaciones³⁹ eran inaplicables a ambos regímenes; advierte la Sala, que con anterioridad⁴⁰ y con ocasión a la entrada en operación de la herramienta Mipres, la cartera de salud le dio otras directrices a las EPS y a las entidades territoriales en el régimen subsidiado.

Es así, como mediante comunicado 201931000460381⁴¹ aclaró el alcance de las obligaciones de aquellas entidades frente al reporte de negaciones de servicios en el marco de la Resolución 2064 de 2017⁴², y manifestó que con la entrada en operación del Mipres el reporte debería tener en cuenta lo siguiente:

“ i) Las entidades Promotoras de Salud, bajo el anexo técnico No. 1 reportarán en el tipo de Registro 2, únicamente LA CAUSAL DE NEGACIÓN “El servicio solicitado es cobertura del Plan de Beneficios con cargo a la UPC” EN EL CONCEPTO DE NEGACIÓN NTR (Servicio o tecnología ordenado por el médico tratante y no tramitado”, al igual que el tipo de REGISTRO TIPO 3. Las entidades Territoriales reportaran el registro ‘REGISTRO TIPO 2-REGISTRO DE DETALLE DE LOS SERVICIOS MÉDICOS ORDENADOS POR EL MÉDICO TRATANTE A SUS USUARIOS’, discriminado en el anexo técnico 2

ii) Las Entidades Territoriales reportaran el registro ‘REGISTRO TIPO 2-REGISTRO DE DETALLE DE LOS SERVICIOS MÉDICOS ORDENADOS POR EL MÉDICO TRATANTE A SUS USUARIOS’.

También expresó en tal comunicado, que en razón a la entrada en funcionamiento del aplicativo Mipres ya no habría negaciones de las tecnologías en salud no financiadas por el plan de beneficios con cargo a la UPC.

47. Conforme lo expuesto, se puede concluir que la aseveración del Ministerio en el documento de 8 de noviembre de 2019 relacionada con que no se le podía

³⁹ (i) Los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la Entidad Promotora de Salud y que no sean tramitados por el Comité Técnico Científico, (ii) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad.

⁴⁰ 16 de abril de 2019.

⁴¹ <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimensubsidiado/Paginas/sentencia-760-.aspx>. Página consultada el 10 de diciembre de 2019.

⁴² Modificada por la 1486 de 2018.

aplicar al régimen subsidiado los criterios de los anexos técnicos, se desdibuja con el comunicado que el mismo impartió tanto a las EPS como a los entes territoriales.

48. Ahora bien, en cuanto a la afirmación realizada por MinSalud relacionada a que con la entrada en vigencia del Mipres, no se niegan servicios PBS no financiados con la UPC, es preciso señalar, que la misma se ve desvirtuada con las solicitudes de tutela en las que se reclaman estos servicios.

No obstante, si bien es cierto que en virtud de la eliminación de los CTC no sería posible obtener la totalidad de la información contenida en los anexos técnicos de la Resolución 2064 de 2017, sí era factible tener datos acerca de la negación de los servicios PBS UPC, tal como lo había determinado la cartera de salud en el comunicado 201931000460381.

Por consiguiente, y en aras a que se pueda contar con información de tecnologías negadas en el año 2019, se ordenará al Ministerio que allegue los reportes de servicios no autorizados, correspondientes al tercer y cuarto trimestre de 2019, tanto para el régimen contributivo como el subsidiado, en el que consolide la información que le suministren la EPS en aplicación la Resolución 2064 de 2017 con las aclaraciones señaladas en el comunicado 201931000460381.

(ii) Ampliación del término para presentar los informes trimestrales de servicios negados y dilatados

49. La Sala de Seguimiento en el auto 411 de 2015⁴³ ordenó al Ministerio de salud enviar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la terminación del respectivo trimestre, los reportes a la Procuraduría, Contraloría, Defensoría del Pueblo y a esta Corporación, mandato que fue reiterado en el literal f numeral segundo de la parte resolutive del auto 122 de 2019.

50. El MSPS en la solicitud presentada indicó que en aras de la construcción y consolidación de los informes sobre servicios negados necesita de un tiempo mayor al actualmente otorgado para presentar los informes, en razón de ello señaló, que el artículo 4º de la Resolución 1486 de 20 de abril de 2018⁴⁴ establece que las EPS deben remitir la información del registro de negaciones dentro de los 15 días calendarios posteriores a la terminación del correspondiente mes, además existe un proceso adicional para ajustar la información, y luego de este trámite es que Minsalud revisa y consolida los datos.

51. Al estudiar el escrito se avizora que el término indicado por el Ministerio para entregar los informes fue de dos meses; no obstante, se evidencia que en realidad el plazo pedido termina siendo de dos meses y 25 días, conforme a las

⁴³ Numeral cuarto de la parte resolutive en concordancia con el 10.7 de las consideraciones del auto.

⁴⁴ “Por la cual se modifican los artículos 4 y 5 y se sustituyen los anexos de la Resolución 2064 de 2017”. (La cual empezó a regir desde el día de su publicación). Resolución 2064 de 12 de junio de 2017 “Por la cual se adopta el instrumento para el reporte de información de los servicios y tecnologías en salud negados y aprobados por el CTC, y suministrados a los afiliados del Régimen Subsidiado”.

fechas señaladas por el mismo, tiempo que no se encuentra debidamente soportado.

52. Ahora bien, antes de resolver la solicitud, cabe señalar que con la Resolución 2064 de 2017 las EPS debían reportar la información dentro de los ocho días calendario siguientes a la terminación del correspondiente mes, igualmente sucedía con la Resolución 1683 de 2015 (es decir siete días antes de lo establecido por la Resolución 1486 de 2018) y en ambas se hacía el proceso de validación de la información.

53. Al hacer un análisis de los reportes de tecnologías no autorizadas allegados con posterioridad al auto de valoración 411 de 2015, se evidencia que estando vigentes las resoluciones 1385 de 2015 y 2064 de 2017 los tiempos de entrega oscilaban entre un mes y quince días a un mes y 26 días calendario después de finalizado el respectivo trimestre.

54. Al empezar a regir la Resolución 1486 de 2018 se observa que en el año 2018 (i) el reporte del segundo trimestre se hizo en un mes y 21 días luego de terminado el periodo; (ii) el tercero, dos meses y catorce días de concluido el respectivo trimestre, y (iii) el cuarto, cinco meses y 30 días. En relación a los informes de 2019, el primero se presentó a los 6 meses y cinco días, como se corrobora en la siguiente tabla:

Tabla núm. 6

Periodo	Fecha de radicado en la secretaría de la Corte	Periodo	Fecha de radicado en la secretaría de la Corte
IV trimestre 2015	26/02/2016	III trimestre 2017	23/11/2017
I trimestre 2016	20/05/2016	IV trimestre 2017	22/02/2018
II trimestre 2016	19/08/2016	I trimestre 2018	18/05/2018
III trimestre 2016	23/11/2016	II trimestre 2018	21/08/2018
IV trimestre 2016	15/02/2017	III trimestre de 2018	14/12/2018
I trimestre 2017	19/05/2017	IV trimestre de 2018	25/07/2019
II trimestre 2017	25/08/2017	I trimestre de 2019	30/09/2019

55. Dada la anterior información se tiene que en los últimos dos periodos el Ministerio se tardó más de cinco meses para allegar los reportes, tiempo que para la Corte es injustificado, tomando en consideración que la diferencia existente entre la Resolución 1486 de 2018 con las resoluciones 1385 de 2015 y 2064 de 2017 es de 7 días calendario, evidenciándose que con estas últimas se pudieron hacer entregas al mes y quince días de finalizado el trimestre.

56. En atención a este panorama, es preciso señalar que el Ministerio no puede desconocer las directrices impartidas desde la Sala Especial, y por el contrario está obligado presentar los informes en el tiempo establecido para ello.

Además, las regulaciones emitidas deben estar en consonancia con lo establecido por esta Corporación, por lo tanto, la justificación para no poder acatar una directriz de la Corte no puede encontrar sustento en lo dispuesto en una resolución proferida con posterioridad a aquella, que a todas luces desconoce lo ordenado por esta Sala.

A lo anterior se agrega, que conforme a lo establecido por el Ministerio el reporte que realizan las EPS, se hace de manera mensual, por consiguiente al finalizar el trimestre ya debe haberse registrado y validado el 66% de la información.

57. Ahora, como quiera que los datos relacionados con el último mes del periodo respectivo, tienen que ser reportados finalizado el mes y con posterioridad a ello, efectuar la consolidación de los datos del trimestre, considera la Sala que el término de 15 días hábiles podría resultar corto, razón por la cual, estima que en aras a que se puedan surtir estas etapas posteriores a la finalización del trimestre y obtenerse unos datos completos y confiables, el plazo para la presentación de informe trimestral de servicios negados, ha de ampliarse.

No obstante, teniendo en cuenta que en la Resolución 3539 de 2019 se evidencia que las entidades deben haber reportado y validado la información de servicios negados dentro de los 20 días calendarios siguientes a la finalización del mes a reportar, la Sala estima que el Ministerio podría consolidar la información y entregar los reportes en un tiempo máximo de 45 días calendario, contados a partir de la finalización del respectivo trimestre.

58. Por último, se le advierte al Ministerio que los actos administrativos que regulen los registros de servicios negados tienen que guardar consonancia con los términos establecidos por esta Corporación.

(iii) Dificultad para cumplir con el término dado para disminuir la causal otros motivos

59. En relación con este punto, es preciso señalar que esta Corporación ordenó al Ministerio que en el próximo registro de negaciones se incluya la causal otros motivos, toda vez que consideró que pueden existir razones de negación que no se encuadran en las enlistadas; sin embargo, como uno de los fundamentos de tal reporte, es conocer a ciencia cierta por qué las Empresas Promotoras de Salud están negando los servicios, consideró que en el término de un año luego de entrar en vigencia el nuevo registro, el porcentaje de negaciones equivalente a tal causal no puede ser superior al 10%.

60. Ahora bien, en razón a la dificultad planteada por Minsalud para acatar esta directriz, considera la Sala que la misma no tiene fundamento, toda vez que el plazo establecido para la disminución de esta causal es a partir de la entrada en funcionamiento del nuevo registro, tiempo suficiente para que se puedan adoptar acciones a medida que las EPS hagan el reporte de negaciones, con el fin de determinar los verdaderos motivos de la demora y no autorización de servicios,

así como establecer nuevas causales de negación si es necesario, con la finalidad de poder llegar a la meta establecida, como ya se hizo en una oportunidad⁴⁵.

Por lo anterior, para esta Corporación, el término de un año para que la causal “otros motivos” no supere el 10% de las razones de negación, es un término cumplible y razonable, y en consecuencia, no se modificará el plazo otorgado para el cumplimiento del literal c del numeral segundo de la parte resolutive del auto 122 de 2019, en concordancia con el numeral (ii) del 103.1 de las consideraciones de la misma providencia.

En mérito de lo expuesto,

III. RESUELVE:

Primero: Modular la orden contenida en el literal h numeral segundo de la parte resolutive del auto 122 de 2019 la cual quedará de la siguiente manera:

Iniciar el trámite respectivo para obtener la devolución de los dineros correspondientes a la prima pagada por usuario UPC durante el mes en que haya sufrido la barrera en la prestación de servicios POS o PBS UPC, de conformidad con la información contenida en el registro de negaciones con relación a dineros girados y compensados a partir de los dos años anteriores al mes siguiente de la notificación de la presente providencia, garantizando derecho a la defensa, el debido proceso, y los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Los informes trimestrales enviados a esta Corporación deberán incluir las medidas adoptadas al respecto y los resultados obtenidos.

Segundo: Oficiar a la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación para que inicien las investigaciones correspondientes respecto de la presuntas faltas disciplinarias, fiscales y penales que se puedan derivar de la omisión por parte del Ministerio de realizar el proceso para obtener la devolución de los dineros correspondientes a la prima pagada por usuario, durante el mes en que haya sufrido la barrera en la prestación de servicios POS, respecto de los dineros girados y compensados entre septiembre de 2013 a marzo de 2015.

Tercero. Ordenar al Ministerio que en el término máximo de dos (2) meses contados a partir de la notificación de este auto, allegue los reportes de servicios negados, correspondientes al tercer y cuarto trimestre de 2019, tanto para el régimen contributivo como el subsidiado, en el que consolide la información que le suministren la EPS en aplicación la Resolución 2064 de 2017 con las aclaraciones señaladas en el comunicado 201931000460381.

⁴⁵ En el que desagregó la causal otros motivos teniendo como fundamento la información diligenciada previamente en los registros por las EPS o EOC, tal como se evidenció en el acápite 38 de las consideraciones auto 122 de 2019.

Cuarto. Modificar el término conferido al Ministerio de Salud para la entrega del informe trimestral de servicios negados. Los reportes deberán ser allegados dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la finalización del respectivo trimestre.

Quinto. No acceder a la solicitud de modificación del plazo otorgado para el cumplimiento del literal c del numeral segundo de la parte resolutive de del auto 122 de 2019, referente a disminución del porcentaje de negaciones reportada bajo la causal otros motivos.

Sexto: A través de la Secretaría General de esta Corporación líbrese la comunicación correspondiente, adjuntando copia de este auto.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado Ponente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con Salvamento parcial de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General