

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL Sala Especial de Seguimiento

AUTO 186 de 2018

Referencia: valoración de la orden vigésimo quinta de la sentencia T-760 de 2008.

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D. C. tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018).

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, 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. Con ocasión del análisis de los casos concretos acumulados en la sentencia T-760 de 2008, esta Corporación impartió 16 órdenes generales con tendencia correctiva a las autoridades del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), con el fin de que acogieran las medidas necesarias para conjurar las fallas identificadas.
2. En esa providencia, reconoció que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) *“tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC). Para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil”*.

El recobro es la solicitud que presenta una entidad ante el Ministerio de Salud y Protección Social¹ o la encargada para tal efecto, con la finalidad de obtener

¹ Mediante la Ley 1444 de 2011, *“por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”*, el

el pago de los gastos por concepto de tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la UPC, y que suministró a sus afiliados con ocasión de una prescripción médica u ordenada por fallos de tutela.

Esta Corporación ha recordado² que este derecho (al recobro) surge por tratarse de un pago realizado por la Entidad Promotora de Salud al que no se encuentra obligado y no por la autorización de un juez o un comité³.

En la sentencia estructural se mencionó, como una de las dificultades, la falta de un flujo de recursos que asegurara la prestación de servicios y tecnologías no cubiertas en el plan de beneficios pero autorizados por fallo de tutela o por el Comité Técnico Científico (CTC)⁴, ya que los dineros que recibían las EPS a título de Unidad de Pago por Capitación⁵ debían destinarse exclusivamente a costear los servicios del Plan Obligatorio de Salud (POS)⁶, razón por la cual no existía mecanismo de financiación para cubrir los servicios no POS, que una vez prestados por las EPS conducía al recobro de los valores correspondientes a los recursos empleados para ello.

En consecuencia, se reiteró que el Estado debe reembolsar los valores gastados por las Entidades Promotoras de Salud por conceptos ajenos al catálogo de servicios POS, con la finalidad de que se garantice su prestación ininterrumpida, toda vez que estas no se encuentran obligadas a sufragarlos legal ni reglamentariamente, y el no reconocimiento de estos dineros afecta la sostenibilidad financiera de esas entidades.

Particularmente, en la providencia en mención se distinguió esta problemática en los siguientes términos:

“2.2.5.1. Cuando una persona requiere un servicio de salud que no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Servicios, y carece de

entonces Ministerio de la Protección Social fue escindido en dos: el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio del Trabajo.

² Sentencia T-760 de 2008.

³ En su momento se refería al Comité Técnico Científico -CTC.

⁴ La Resolución 1328 de 2016 eliminó los Comité Técnico Científicos -CTC-, los cuales fueron reglamentados por la Resolución 3099 de 2008 con la finalidad de “1. Evaluar, aprobar o desaprobar las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, manual listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS). 2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación al o los diagnósticos del paciente, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas. 3. Realizar y remitir al Ministerio, informes trimestrales de los casos autorizados y negados.” La eliminación del CTC comenzó a operar en el régimen contributivo en tanto que el subsidiado podrá ser objeto de asistencia técnica. El Ministerio afirmó que “la herramienta estará disponible, inicialmente, solo para el régimen contributivo. Para el subsidiado puede ser adoptada por los alcaldes y gobernadores que la quieran implementar.”

<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Lista-la-plataforma-que-pone-fin-a-los-CTC.aspx>

⁵ Unidad de Pago por Capitación (UPC) es “el valor per cápita que reconoce el SGSSS a cada EPS por la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, sin distinción o segmentación alguna por niveles de complejidad o tecnologías específicas. La UPC tiene en cuenta los factores de ajuste por género, edad y zona geográfica, para cubrir los riesgos de ocurrencia de enfermedades que resulten en demanda de servicios de los afiliados a cualquiera de los regímenes vigentes en el país.” <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/-Unidad-de-Pago-por-Capitacion-aumenta.aspx>

⁶ POS.

recursos para cubrir el costo del mismo que le corresponda asumir, las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad y, en consecuencia, asegurar el acceso a éste. No obstante, es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional y la regulación han reconocido a la entidad aseguradora el derecho de repetir contra el Estado (ver secciones 4.4. y 6.2.), a través del Fosyga. El adecuado financiamiento de los servicios de salud no contemplados en el POS depende entonces, del correcto flujo de recursos por parte del Estado para cubrir el pago de los recobros que reglamentariamente sean presentados por las entidades que garantizan la prestación del servicio. En la medida en que tales costos no están presupuestados por el Sistema dentro del monto que recibe la entidad aseguradora de la prestación del servicio de salud por cuenta de cada uno de sus afiliados o beneficiarios (UPC, unidad de pago por capitación), su falta de pago atenta contra la sostenibilidad del sistema, y en tal medida, al acceso a la prestación de los servicios de salud que se requieran con necesidad. Al ser las entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio (EPS), o incluso las instituciones prestadoras de salud (IPS), las que suelen asumir los costos de la demora de los pagos de los recobros, se genera además, una presión sobre éstas para dejar de autorizar la prestación de servicios [...] no contemplados en el POS. Así pues, en la medida que la capacidad del Sistema de Salud para garantizar el acceso a un servicio de salud depende de la posibilidad de financiarlo sin afectar la sostenibilidad del Sistema, el que no exista un flujo de recursos adecuado para garantizar el acceso a los servicios de salud que se requieran con necesidad, no incluidos dentro de los planes de servicio, obstaculiza el acceso a dichos servicios. Con relación al cumplimiento oportuno de los fallos de tutela y al derecho al recobro de servicios médicos no cubiertos por el plan de beneficios ante el Fosyga, se plantean, a su vez, tres conjuntos de órdenes.”⁷

A la luz de lo expuesto, esta Corporación evidenció la necesidad de remover algunas dificultades presentes en el procedimiento de recobro, por lo cual dispuso en la orden vigésimo quinta lo siguiente:

“Ordenar al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; (ii) no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la

⁷ Sentencia T-760 de 2008.

UPC. Y (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa 'Principio activo en POS' cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado (sic) (6.2.1.) de esta providencia.

El Ministerio de Protección Social y el administrador fiduciario del Fosyga⁸ deberán presentar un informe sobre el cumplimiento de esta orden antes del 15 de noviembre de 2008 ante la Corte Constitucional.”

De la orden transcrita se desprende que el Ministerio de Salud y Protección Social⁹ debía inaplicar y levantar automáticamente las causales de glosa¹⁰ denominadas “fallo de tutela” y “principio activo en POS”¹¹.

Habiendo descrito el mandato vigesimoquinto, esta Sala relacionará los documentos y actuaciones que reposan en el expediente, no sin antes advertir que se parte de la presunción de la veracidad de su contenido, lo cual, además, no fue objetado por ningún interviniente.

3. El Ministerio de Salud remitió el 14 de noviembre de 2008 un informe en el que evidencia la participación del Fosyga, toda vez que se adjunta "*Cronograma [suscrito por él] para el trámite de recobros de medicamentos NO POS y fallos de tutela MYT-04 'OBJECCIÓN A LA GLOSA' pendientes a septiembre 30 de 2008 Resolución 2933 de 2006*" y con el que expuso los procedimientos y actividades adelantados para dar cumplimiento a la orden vigésimo quinta¹², que se enuncia a continuación:

- i) Eliminó la exigencia de la constancia de ejecutoria, la copia auténtica del fallo o la condena expresa al Fosyga, para obtener el reembolso del servicio no POS.¹³

⁸ Hoy ADRES, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

⁹ En adelante Ministerio de Salud, Minsalud o MSPS.

¹⁰ Glosa: Es la objeción a las reclamaciones presentadas por los prestadores de servicios de salud o personas naturales, originadas en las inconsistencias detectadas en la revisión de los formularios, anexos técnicos y sus respectivos soportes. Las reclamaciones pueden glosarse total o parcialmente dependiendo de la causa que originó la glosa. Totalmente, si involucra toda la cuenta e impide la aceptación de los servicios prestados. Parcialmente, cuando la glosa se realiza sobre unos servicios o procedimientos específicos o parte de ellos. Ministerio de la Protección Social. Dirección General de Financiamiento. Coordinación de Atención de Emergencias y Desastres. Documento: reclamaciones por eventos catastróficos y accidentes de tránsito. Manual único de glosas, devoluciones y respuestas.

Según el Manual de Auditoría Integral de Recobros por Servicios y Tecnologías en Salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de 2017, glosa es: “no conformidad que afecta en forma parcial o total el reconocimiento y pago de un recobro/cobro, por la existencia de un error, una inconsistencia o la ausencia de algunos de los documentos, requisitos o datos previstos en la normativa vigente.”

¹¹ La sentencia T-760 ordenó reembolsar, a partir del 25 de agosto de 2008, los valores diferenciales entre el medicamento por su valor genérico y aquel valor derivado de su marca comercial.

¹² AZ Orden XXV-A, folios 11 - 74. Este documento se envió a la Corte observando el plazo otorgado por la misma dentro del mandato vigesimoquinto, según el cual el Ministerio de la Protección Social debía “presentar un informe sobre el cumplimiento de esta orden antes del 15 de noviembre de 2008”, como se estudiará en la parte considerativa.

¹³ El Ministerio de Protección Social, a través de Resolución 3099 de 2008 de 19 de agosto, reglamentó los requisitos para la presentación de solicitudes de recobro originados en fallos de tutela, suprimiendo el requisito de la constancia de ejecutoria del fallo.

ii) Ordenó el diseño de un procedimiento para identificar las solicitudes de recobro que en su momento no fueron pagadas por aplicación de la causal “*no aporta constancia de ejecutoria*”¹⁴, que consistía en la elaboración de un inventario de todas aquellas que se registraron como “*solicitud de recobro por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela*”, a las cuales les fue anotada previamente la glosa única “*falta de constancia de ejecutoria*”.

iii) Capacitó al Fosyga para que procediera al reconocimiento de las solicitudes de recobro que habían sido rechazadas porque la parte resolutive de la providencia de tutela no la condenaba de manera explícita a pagar los valores no POS sufragados por las Entidades Promotoras de Salud.¹⁵

iv) Creó periodos adicionales de radicación. El 2 de octubre de 2008 expidió la Resolución 3754 mediante la cual autorizó a las EPS hasta el 15 de diciembre de esa anualidad para radicar los recobros que no se presentaron ante el Fosyga por no contar con constancia de ejecutoria y/o falta de condena expresa. Igualmente profirió la Resolución 3977 de 2008¹⁶ con la que autorizó un plazo adicional de radicación entre el 21 al 24 de octubre de ese año, luego de vencido el periodo inicial que iba hasta el 15 de octubre.¹⁷

v) Instruyó al administrador fiduciario de los recursos del Fosyga para que reconociera las solicitudes rechazadas cuyo principio activo se encontraba en el POS. También encontró necesario analizar cada uno de los recobros para poder hacer la comparación entre el medicamento genérico y el de marca.¹⁸

vi) Impartió entrenamiento para la aplicación de la malla validadora¹⁹ a partir del 15 de noviembre de 2008 y la implementación del proceso de inventarios y mesas de trabajo, entre otros, con el propósito de dilucidar los reclamos en

¹⁴ AZ Orden XXV-A, folio 17.

¹⁵ AZ Orden XXV-A, folio 21. No se especifica la manera cómo se llevó a cabo dicha capacitación. Al respecto, manifestó: “[...] *la ausencia de condena expresa como resolución del pronunciamiento judicial contra la Nación-Fosyga, era de los eventos que se rechazaban, por lo cual no puede levantarse de manera automática la glosa, al carecer el consorcio fiduciario de elementos para pronunciarse, ya que los mismos obran en poder de las entidades reclamantes. No sobra mencionar en este punto que este caso en particular no admite solución electrónica ninguna toda vez que es imperativo leer cabalmente y en su integralidad cada uno de los fallos a fin de determinar si en alguno de sus apartes se señala, menciona o indica que la EPS “no estaba ni legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo (el costo) de acuerdo con el ámbito del correspondiente al plan de beneficios”, lo cual se ve agravado en el caso del Régimen Subsidiado de Salud, habida cuenta de que no son pocos los jueces que en tratándose de dicho Régimen insisten en condenar al Fosyga y no a la entidad territorial como claramente lo señala la Ley 715 de 2003 y lo reitera la Corte Constitucional en su sentencia T-760*”.

¹⁶ Por la cual se introduce un párrafo transitorio al artículo 14 de la Resolución 3099 de 2008 y se autoriza un período excepcional comprendido entre el 21 y el 24 de octubre de 2008 para la radicación de las solicitudes de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por el Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

¹⁷ En atención a la solicitud de las entidades recobrantes, el Ministerio de Salud mediante Resolución 5033 de 2008 amplió el término allí previsto hasta el 15 de abril de 2009. Posteriormente, atendiendo a las dificultades e inconvenientes asociados a la ubicación de los fallos de tutela en los archivos de los diferentes despachos judiciales, el Ministerio emitió la Resolución 1099 de 2009 extendiendo el término hasta el 15 de octubre de 2009 y luego hasta el 15 de julio de 2010 mediante la Resolución 3876 de 2009.

¹⁸ AZ Orden XXV-A, folio 25. No se especifica la manera cómo se llevó a cabo dicha capacitación.

¹⁹ Es “*el módulo que permite a los reclamantes y recobrantes validar, la consistencia de los registros de sus reclamaciones o recobros antes de ser enviada ante la Unión Temporal Fosyga 2014 dentro de los términos establecidos.*” <http://recobros-reclamaciones.fosyga.gov.co/servicio-al-ciudadano/glosario>. Tomado de la página del Ministerio el 7 de junio de 2017. No se especifica la manera cómo se llevó a cabo dicha capacitación.

un plazo máximo de 2 meses. Para agilizar y hacer más eficientes estos trámites se depuraron los recobros radicados varias veces y aquellos que tratándose de un solo evento ordenaron prestaciones sucesivas pero cada una de ellas se radicó como un reclamo nuevo.

vii) Finalmente, se anexó al informe de cumplimiento el cronograma para el trámite de recobros de medicamentos no POS y fallos de tutela²⁰. La meta era gestionar 3.971 solicitudes a 5 de marzo de 2009.

4. En auto del 9 de diciembre de 2008, esta Sala corrió traslado del informe presentado por el Ministerio de Salud a la Coordinadora del Proyecto Así Vamos en Salud²¹ y al Presidente de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (Acemi).

4.1. En escrito del 18 de diciembre de 2008²² Acemi²³, Asocajas²⁴, Gestarsalud²⁵ y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas presentaron en forma conjunta, entre otros, sus comentarios al informe del Ministerio de Salud sobre la situación de recobros (plan de contingencia señalado en el numeral vigésimo sexto de la sentencia T-760 de 2008), refiriéndose a los rubros con mayor frecuencia recobrados²⁶, a los recobros presentados con enmendaduras²⁷ y a la cuantía de los recobros por procedimientos considerados por el Ministerio de Salud incluidos en el POS.²⁸

En concreto, refirieron que algunos medicamentos fueron no POS durante algún tiempo y luego incorporados de manera expresa por el CNSSS²⁹, por lo que era totalmente válido recobrarlos si fueron entregados con anterioridad a la inclusión. Aclararon que los fármacos con presentación combinada³⁰ no están

²⁰ AZ Orden XXV-A, folios 56-59. Cronograma para el trámite de recobros de medicamentos no POS y fallos de tutela MYT-04 “Objeción a la Glosa”. Pendientes a septiembre 30 de 2008. Resolución 2933 de 2006. MYT-1 Formato de presentación de solicitudes de recobro/cobro derivadas de la prescripción.

MYT- 02: Formato de presentación de solicitudes de recobro/cobro ordenadas por fallos de tutela.

MYT- 04: Formato de presentación de la objeción o subsanación al resultado de la auditoría integral.

Definiciones extraídas del Manual de auditoría integral de recobros por servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC de 2017.

²¹ “Así Vamos en Salud es un observatorio que analiza y difunde información especializada para producir conocimiento, con el fin de que las personas participen activa y conscientemente en el cuidado de su salud y en la búsqueda del bienestar para todos los colombianos. Tiene como propósito fundamental contribuir al mejoramiento de la salud de los colombianos, así como al ejercicio efectivo de derechos y deberes en materia de salud por parte de la ciudadanía a través del mejoramiento de la información disponible a partir del seguimiento, evaluación objetiva y difusión de resultados del sector salud y el seguimiento y análisis de las políticas de salud en Colombia.

El Observatorio Así Vamos en Salud es un esfuerzo mancomunado de organizaciones interesadas en el fin superior de una mejor salud de todos los colombianos. El observatorio es independiente de los intereses particulares de los actores sectoriales, defiende una posición propia sobre asuntos relevantes y mantiene un compromiso permanente con el ejercicio efectivo y responsable del derecho a la salud de los colombianos.”

<http://www.asivamosensalud.org/nosotros>

²² AZ Orden XXV-A, folios 83 - 117.

²³ Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral.

²⁴ Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar.

²⁵ Asociación de Empresas Gestoras del Aseguramiento en Salud de Colombia.

²⁶ AZ Orden XXV-A, folio 88 vuelto.

²⁷ AZ Orden XXV-A, folio 89.

²⁸ AZ Orden XXV-A, folios 89 y vuelto.

²⁹ Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

³⁰ Sobre este concepto se encontró el siguiente significado en el literal B, numeral 3 del anexo técnico de la Resolución 4251 de 2012: “Combinaciones de principios activos. La combinación de dos o más principios

incluidos en el POS, así alguna o la totalidad de sus moléculas se encuentren contenidas en él. Identificaron nuevos requisitos exigidos para tramitar los recobros que no revisten mayor trascendencia para el mandato *sub examine*.

4.2. En oficio del 13 de enero de 2009³¹, la Organización Así vamos en Salud precisó que el Ministerio de Salud y el Fosyga remitieron dentro del plazo otorgado respuesta “*a los tres puntos de la orden consignada en el numeral vigesimoquinto*”.

5. El 11 de diciembre de 2008, el Ministerio de Salud expidió la Resolución 5033³² por medio de la cual modificó la Resolución 3754 de la misma anualidad y concedió plazo a las EPS para presentar ante el Fosyga los recobros autorizados por tutela que no otorgaban posibilidad expresa para ello y los que no habían sido radicados en la fecha estipulada.

6. Mediante auto de 15 de enero de 2009³³, esta Corporación dio traslado a la Superintendencia de Salud y al Ministerio de Salud de los documentos allegados por Acemi, Asocajas y Gestarsalud, así como por el programa Así Vamos en Salud.

El 26 del mismo mes³⁴, fecha hasta la cual se otorgó plazo al Ministerio de Salud para remitir informe sobre los documentos referidos así como al programa Así Vamos en Salud, dicha entidad manifestó que “*cumplió cabalmente todas las órdenes cuyos resultados obran en el informe sometido a la consideración de aquellos a quienes la Corte admitió como partícipes en el seguimiento [del fallo]*”.

Adicionalmente, indicó que si bien en tales documentos se plantea la conveniencia de introducir algunas variables a las estadísticas suministradas, por estimarse adecuadas, al no hacer parte de las órdenes impartidas no podía dar lugar a incumplimiento alguno.³⁵

En relación con la afirmación según la cual la Resolución 3754 de 2008 introdujo un nuevo requisito consistente en la exigencia de que el afiliado que obtuvo la prestación del servicio cuyo recobro se pretende recibir debe constar en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), el Ministerio señaló que la redacción del mismo “*no fue afortunada porque puede interpretarse como una*

activos está cubierta por el POS si dicha combinación está descrita de la misma manera en el listado normativo. Las demás combinaciones no están cubiertas en el POS, aún si estuvieren los principios activos descritos por separado e independientemente de lo descrito para las otras variables o condiciones, forma y concentración farmacéutica”.

³¹ AZ Orden XXV-A, folios 118-128.

³² “*Artículo 1. [...] Parágrafo. Cuando las entidades recobrantes a la fecha de la entrada en vigencia de la presente Resolución, dispongan de sentencias de tutela que en la parte resolutive no otorgue posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social sin la copia auténtica del fallo y sin constancia de ejecutoria, pero las mismas no se hubieren radicado y se encuentre vencido el término de los seis (6) meses de que trata el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, se entenderán oportunamente presentadas hasta el quince (15) de abril de 2009.*”

³³ AZ Orden XXV-A, folios 130 y vuelto.

³⁴ AZ Orden XXV-A, folios 131 - 138.

³⁵ AZ Orden XXV-A, folio 133 vuelto.

exigencia cuya precisión haría más gravosa la posibilidad del recobro [...]”, cuando en realidad lo que se pretendía era la mera verificación de la “existencia” de la persona para el Sistema de Salud, de manera que ello no habría sido obstáculo para el pago de recobros.³⁶

De igual forma, puntualizó que el ordenador del gasto contaba con la obligación de verificar que el fallo dispusiera que la EPS no tenía obligación de asumir el pago para que procediera el recobro. Sobre la no eliminación de la glosa “*principio activo en POS*”, estimó que la sentencia indicaba claramente que esta se suprimiría a partir de la notificación de dicho proveído³⁷. Adicionalmente, relacionó los pagos correspondientes al periodo febrero a junio de 2005 por servicios no POS.

7. En auto del 29 de enero de 2009 se corrió traslado a la organización Así Vamos en Salud y a Acemi de las respuestas emitidas por el Ministerio Salud y la Superintendencia de Salud de los comentarios presentados por los representantes de Asocajas, Acemi, Gestarsalud, la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas y la Coordinadora del Proyecto Así vamos en salud, sobre el informe del Ministerio de Protección Social de fecha 14 de noviembre de 2008.

El 10 de febrero de 2009³⁸ Acemi, Asocajas y Gestarsalud comunicaron a esta Sala, en relación con la “situación de recobros”, que el Fosyga había realizado levantamientos automáticos a sus pagos no obstante la existencia de casos sin resolver³⁹. Así mismo, advirtieron que el Ministerio continuaba solicitando el fallo en firme para efectos de realizar la auditoría, pero que sin esta no podía iniciarse el trámite de recobro, por lo cual seguía siendo un obstáculo. Finalmente, señalaron que continuaba exigiendo que en alguna parte de la providencia se manifestara que la EPS podía realizar el recobro respectivo.

8. El 14 de abril de 2009, el Ministerio de Salud expidió la Resolución 1099 con la finalidad de que las entidades a las que no se les otorgó la posibilidad de

³⁶ AZ Orden XXV-A, folio 134 vuelto.

³⁷ Sentencia T-760 de 2008.

³⁸ AZ Orden XXV-A, folios 145- 346. Folios 145 a 154 se pronunciaron sobre la negación de servicios y la situación de recobros. Folios 165 a 169 desarrolla el anexo número 2. Los folios 170 a 174 contienen el anexo número 3 y desarrollan dos puntos a saber: “*pendientes levantamiento sentencia T-760 de 2008*” y “*recobros pendiente de trámite por parte del consorcio*”. Folio 174 responde al anexo 4 relacionado con las glosas únicas por BDU de CTC y tutelas de Compensar. Folios 175 a 206 corresponden al anexo 5 de Sanitas relacionado con los recobros que a la fecha del documento se encontraban por realizar el levantamiento de glosa de condicionamiento por constancia de ejecutoria. Folios 207 a 346 contienen el anexo número 6 de Sanitas sobre la relación de recobros radicados bajo los formatos MYT-03 y MYT-04, los cuales a la fecha de presentación de dicho documento se encontraban pendientes de respuesta por parte del consorcio Fidufosyga, con fecha de Corte al 31-12-2008.

³⁹ Sobre el particular, indicó: “*Entre los meses de febrero y junio de 2005, Salud Total presenta cuentas pendientes que tiene glosa única. || Las EPS no tienen claridad acerca del levantamiento de la glosa de constancia de ejecutoria cuando está combinada con la glosa de reliquidación. No obstante, de acuerdo con la información de SANITAS Anexo 5, existen casos pendientes cuando la glosa de constancia de ejecutoria está acompañada de otras glosas. || En relación con los MYT 03 y 04 es importante señalar que en el mes de diciembre y enero se realizaron los pagos a las EPS pero no todas han obtenido los detalles del mismo, no siendo posible afirmar si existen o no pagos por realizar pues se desconoce cuáles fueron las cuentas pagadas, el motivo de glosa y en consecuencia la pertinencia de la misma. No obstante lo anterior, por ejemplo, Sanitas tiene pendiente el trámite y pago de las cuentas radicadas mediante este formato desde el mes de octubre y Susalud desde el mes de junio de 2008*”. Cfr. AZ Orden XXV-A, folios 149 vuelto y 150.

recobro en el fallo de tutela pudieran allegar la solicitud dentro del plazo concedido.

9. El 22 de mayo de 2009, Salud Total EPS⁴⁰ afirmó que el Ministerio de Salud dio una instrucción en contravía de la sentencia T-760 de 2008 mediante la Nota Interna número 108480, suscrita por el Director General de Gestión de la Demanda del Ministerio, dando lugar a que el Fosyga glosara los recobros presentados por concepto de medicamentos con principio activo en el POS y negara el reembolso de la diferencia entre el costo del medicamento genérico y el comercial.

10. Por medio de auto del 13 de julio de 2009, esta Sala solicitó al Ministerio de Salud que relacionara las gestiones adelantadas para cumplir la orden 25, indicando por lo menos: a) cuál era la normatividad vigente que regía los tres mandatos contenidos en esta orden; b) bajo qué condiciones las normas indicadas habían cumplido con los apartes de la orden; c) qué estudios o soportes habían determinado los cambios efectuados sobre la normatividad mencionada; d) cuáles eran las instrucciones elevadas o efectuadas por ese Ministerio con destino al Administrador Fiduciario del Fosyga; e) qué infraestructura humana, organizativa y de material se había dispuesto para superar los diferentes problemas evidenciados en el informe del 14 de noviembre de 2008; y f) en términos cualitativos y cuantitativos, cuál era el balance y los efectos que las tres partes de la orden 25 habían tenido sobre el flujo de dineros destinados a las EPS, EPS-S⁴¹ y las IPS, sobre la estabilidad del sistema y la garantía del goce efectivo del derecho a la salud.

10.1. Mediante oficio del 30 de julio del 2009⁴², Fidufosyga se pronunció sobre los presupuestos planteados en el acápite anterior, e indicó que a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 3099 de 2008⁴³ dejó de exigirse la constancia de ejecutoria del fallo. Igualmente, enunció las actuaciones que desplegó en relación con la regulación del procedimiento de recobro, estando relacionadas con el cumplimiento de la orden vigésimo quinta en estudio:

i) A partir de la Resolución 3099 de 2008, dejaron de exigirse tanto la entrega de la constancia de ejecutoria, como la copia auténtica de la providencia de tutela y la condena expresa al FOSYGA en la parte resolutive. Definió procesos de radicación adicional.

ii) Reprocesó el paquete⁴⁴ 0908, cuyo resultado fue informado en oportunidad a las EPS.

⁴⁰ AZ Orden XXV-A, folios 347 - 367.

⁴¹ Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado.

⁴² AZ Orden XXV-A, folios 369 – 378.

⁴³ “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.”

⁴⁴ Conjunto de solicitudes de recobro que se tramitan en un mismo estudio.

iii) Realizó la capacitación sobre las modificaciones establecidas en las resoluciones 3099, 3754 y 3977 de 2008, y el alcance de las sentencias C-463 y T-760 de 2008.

iv) Estableció *“un apoyo técnico al proceso de recobro para las entidades que así lo solicitaren o requiriesen al Administrador Fiduciario y se dispuso en la página web del Fosyga, a partir del 15 de noviembre, una malla validadora de recobros que permitiera a las EPS [aprobar] previamente los recobros a radicar a fin de disminuir el porcentaje de glosa”*.

v) Levantó las glosas por la causal *“fallo no ordena recobro al Fosyga”*.

vi) No levantó automáticamente la glosa *“principio activo en el POS”* en relación con los medicamentos, puesto que no tenía los soportes de las solicitudes que ya habían sido devueltos a las EPS.

vii) Prestó asistencia técnica en mesas de trabajo.

viii) Tercerizó el manejo y la digitalización de documentos a partir del 2 de marzo de 2009.

ix) Vinculó una entidad especializada en auditoría adicional a la existente.

x) Informó a los recobrantes por correo electrónico los resultados de la auditoría de cada paquete.

xi) Detalló los recobros pagados en el año 2009 por trámite normal, los levantamientos automáticos, las mesas de trabajo y los reprocesos.

11. El Ministerio de Salud, en oficio del 24 de agosto de 2009⁴⁵, en respuesta al auto de 13 de julio de 2009 afirmó que no estaba exigiendo que el fallo autorizara el recobro y tampoco la constancia de ejecutoria, únicamente copia del mismo.⁴⁶

Manifestó que se realizaron adecuaciones de la normatividad reguladora del trámite de los recobros con base en los mandatos de la Corte, ampliando los plazos para radicar las solicitudes por tutelas que no ordenaban expresamente el reembolso a cargo del Fosyga.

11.1. Así por ejemplo, informó que dicho proceso inició con la expedición de la Resolución 3754 de 2008, que en el artículo 3º adicionó el artículo 12º de la Resolución 3099 de 2008.⁴⁷

⁴⁵ AZ Orden XXV-A, folios 381 – 398. 399-426 anexos.

⁴⁶ Mediante Resolución 3754 de 2008 manifestó que *“las entidades recobrantes, a la fecha de vigencia de la presente Resolución, dispongan de sentencias de tutela que en la parte resolutive no otorgue posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social, sin la copia auténtica del fallo, sin constancia de ejecutoria y las mismas no se hubieren radicado y se encuentre vencido el término de los seis (6) meses, podrán presentarlas”*, otorgando un plazo para ello que valga decir fue prorrogado en varias ocasiones.

⁴⁷ Parágrafo. *Cuando las entidades recobrantes, a la fecha de vigencia de la presente Resolución, dispongan de sentencias de tutela que en la parte resolutive no otorguen posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación*

11.2. Posteriormente, la Resolución 5033 de 2008 en el artículo 1° modificó el párrafo del artículo 3° de la Resolución 3754 de 2008, que adicionó un párrafo al artículo 12 de la Resolución 3099 de 2008 en el mismo sentido, pero extendiendo el plazo de radicación hasta el quince (15) de abril de 2009.

11.3. Luego, la Resolución 1099 de 2009 en el artículo único modificó el párrafo del artículo 1° de la Resolución 5033 de 2008 y amplió el término de radicación hasta el quince (15) de octubre de 2009.⁴⁸

Señaló que realizó un proceso de levantamiento automático de glosas para los recobros devueltos por falta de constancia de ejecutoria y que programó periodos de radicación adicionales para las cuentas rechazadas bajo la glosa “*principio activo en POS*”⁴⁹ o “*falta de condena expresa al Fosyga*”.

11.4. Por su parte, expuso que la Resolución 3754 de 2008 en el artículo 9° modificó el artículo 26 de la Resolución 3099 de 2008, recalcando que se reconocería la diferencia del valor entre el medicamento de denominación genérica previsto en el POS y el medicamento de denominación de marca.⁵⁰

En relación con la infraestructura de personal, organizativa y material señaló que adoptaron las siguientes medidas para superar los diferentes problemas evidenciados en el informe del 14 de noviembre de 2008:

DESCRIPCIÓN	AUDITORÍAS
Capacidad instalada en número de puestos de trabajo	92
Oficina de coordinadores	4
Total capacidad instalada en número de puestos de trabajo	96
Utilización dos turnos en número de auditores.	177
Número de auditores turno nocturno	10
Total auditores en tres turnos	187

En términos cualitativos y cuantitativos indicó cuál era el balance y los efectos de que “*las tres partes de la orden 25 [habían] tenido en materia de flujo de dineros destinados a las EPS, EPSS y las IPS sobre la estabilidad del sistema*

o el Ministerio de la Protección Social, sin la copia auténtica del fallo, sin constancia de ejecutoria y las mismas no se hubieren radicado y se encuentre vencido el término de los seis (6) meses, podrán presentarlas a más tardar el quince (15) de diciembre de 2008, para que se tengan como oportunamente presentadas.”

⁴⁸ AZ Orden XXV-A, folios 381 – 398.

⁴⁹ AZ Orden XXV-A, folio 394. Recalcó que a la fecha de expedición de la sentencia T-760 la glosa por “principio activo en POS” ascendía a \$536.292 millones con un valor aprobado de \$280.296 millones. También reseñó que el porcentaje de aprobación en promedio de los recobros por concepto de “fallo de tutela” tuvo un crecimiento del 9% y que decreció la radicación por el mismo concepto en un 5.68%. Concluyó que la radicación de recobros por CTC se incrementó en 74.15 % y por reconocimiento de medicamentos de marca se incrementó en 0.68 %, entre otras.

⁵⁰ “Artículo 26°. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta o documento equivalente de éste, de la siguiente forma: [...] c) Servicios médicos y prestaciones de salud incluidos en el POS, realizados bajo diferente tecnología y/o vía quirúrgica, autorizados por Comité Técnico Científico.[...]. Por excepción, siempre y cuando se demuestre el cumplimiento de los requisitos para la autorización prevista en el literal f) del artículo 10° de la presente Resolución, se reconocerá la diferencia del valor entre el medicamento de denominación genérica previsto en el POS y el medicamento de denominación de marca”.

de seguridad social en salud, el equilibrio de los recursos del FOSYGA y sobre la garantía del goce efectivo del derecho a la salud.”⁵¹

11.5. En concreto, el Ministerio expuso que después de proferida la sentencia T-760 de 2008 y las normas posteriormente emitidas, la presentación de recobros por concepto de fallos de tutelas se incrementó en los últimos cuatro meses del año 2008 ascendiendo a \$536.292 millones, con un monto aprobado de \$280.296 millones, lo que representa el 52.27% admitido. En este sentido, la radicación del primer semestre de 2009 fue por \$566.753 millones con un total aprobado de \$346.579 millones, que representa el 61.15%. Indicó que el porcentaje de aprobación promedio de los recobros por concepto de fallos de tutela tuvo un crecimiento del 9%.

De igual forma, puso de presente que a la fecha de entrega del informe decreció la radicación por el mismo concepto en más de un 5.68% en promedio, debido a la extensión de las funciones dadas al Comité Técnico Científico por la sentencia T-760 de 2008.

Finalmente, señaló que se efectuaron pagos por un valor aproximado de \$32.700 millones correspondientes al segundo 50% de los recobros pendientes por concepto de decisiones de tutela que se encontraban en estado condicionado al no haber aportado la constancia de ejecutoria, requisito que fue eliminado con ocasión de lo dispuesto en la sentencia T- 760 de 2008 y la Resolución 3099 de 2008.⁵²

12. El 11 de diciembre de 2009⁵³, la Superintendencia Nacional de Salud se pronunció en relación con el auto de fecha 3 de diciembre de 2009 expedido por la Corte, con la finalidad de aclarar que ninguna de las órdenes referidas (24 y 25) tenían como destinataria a dicha entidad.

No obstante, atendiendo a sus competencias dentro del sistema de inspección vigilancia y control dentro del SGSSS y coadyuvando a los fines últimos de la sentencia T-760 de 2008, anexó los informes trimestrales del Fosyga correspondientes a los periodos de enero 2008 y septiembre de 2009 reportados a esa entidad, relacionados con la recepción, radicación, trámite y pago de los recobros glosados por las dos causales en estudio.

13. Con el fin de verificar el cumplimiento de la orden 25 esta Sala profirió el auto 107 de 2010⁵⁴, en el cual solicitó al Ministerio de Salud y al Fosyga que reseñaran el total de los recobros pagados con base en la eliminación de glosas “*principio activo en POS*” y “*fallo de tutela*”. Asimismo, que comunicaran las estrategias implementadas para agilizar el estudio. Esto, sin omitir que el pago de los recobros en un 100% no es el que refleja el cumplimiento del mandato pero permite verificar avances al interior de esta disposición.

⁵¹ AZ Orden XXV-A, folio 393.

⁵² En la AZ Orden XXV –A en el folio 394 el Ministerio hace referencia a estos pagos, no obstante, no se evidencia con claridad las fechas en que se efectuaron los mismos.

⁵³ AZ Orden XXV-B, folios 45 – 251.

⁵⁴ AZ Orden XXV-B, folios 252 – 253.

De igual forma, pidió a cada una de las EPS, EPS-S y EPS-I⁵⁵ indicar las dificultades que a la fecha se hubieren presentado para el reconocimiento de los recobros por medicamentos de marca, teniendo en cuenta la exigencia prevista en el literal f) del artículo 10 de la Resolución 3099 de 2008, en el que se estableció, como requisito para su pago, la justificación de la necesidad del mismo en su denominación comercial.

13.1. El 14 de julio de 2010⁵⁶, en respuesta al proveído enunciado en el numeral anterior, el Ministerio de Salud relacionó los pagos efectuados por levantamientos automáticos hasta diciembre de 2008. Hizo un recuento de las medidas implementadas con el fin de agilizar el estudio de los documentos que soportan los recobros por servicios ordenados por vía de tutela en aquellos casos en que la sentencia no ordena el recobro directo ante el FOSYGA.

En concreto, se refirió a la flexibilización de requisitos a partir de la Resolución 3099 de 2008 mediante la cual dejó de exigirse la entrega de la constancia de ejecutoria⁵⁷, la copia auténtica del fallo de tutela y la condena expresa al Fosyga en la parte resolutive. Recordó que se prorrogaron en varias oportunidades los plazos de radicación de solicitudes de recobro con el propósito de que las entidades recobrantes pudieran ajustar sus peticiones a las nuevas condiciones, establecidas en las resoluciones 3099 y 3754 de 2008. Recalcó que mediante Resolución 3876 de 2010 extendió el plazo de radicación hasta el 15 de julio de 2010.⁵⁸

13.2. Con base en el requerimiento efectuado, 41 EPS dieron respuesta de lo cual se extractó lo siguiente:⁵⁹

- i) 7 reportaban recobros pendientes de pago⁶⁰.
- ii) 29 de ellas no registran cuentas sin cancelar⁶¹.
- iii) A 5 EPS les fueron devueltas o rechazadas las solicitudes con fundamento en glosas distintas a las contempladas en el numeral vigesimoquinto de la sentencia T-760 de 2008.⁶²
- iv) En los informes de otras EPS⁶³ no se logró identificar la causal de glosa por la cual el recobro fue devuelto o rechazado.
- v) La EPS-S Capresoca⁶⁴ manifestó que en mesas de trabajo se aprobó el pago de 385'775.137 (no obstante señaló que la cantidad de dinero no le había sido cancelada a la fecha de la presentación del oficio).

⁵⁵ EPS- Indígena.

⁵⁶ AZ Orden XXV-C, folios 1 - 41.

⁵⁷ AZ Orden XXV-B, folio 6. Presentación de diapositivas del Ministerio Salud.

⁵⁸ AZ Orden XXV-B, folio 7. Presentación de diapositivas del Ministerio Salud.

⁵⁹ Cabe aclarar que los soportes de las respuestas emitidas por estas EPS fueron devueltos a cada una de ellas, toda vez que no cumplían con los estándares solicitados para analizar la información requerida.

⁶⁰ AZ Orden XXV-B, folio 291. Antecedentes del auto 373 de 2010. Numeral 5 de la parte considerativa.

⁶¹ AZ Orden XXV-B, folio 291. Antecedentes del 5 de auto 373 de 2010. Numeral 5 de la parte considerativa.

⁶² AZ Orden XXV-B, folio 291. Antecedentes del 5 de auto 373 de 2010. Numeral 5 de la parte considerativa.

⁶³ Solsalud EPS, Asociación Mutual la Esperanza Asmet Salud EPSS, Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, Servicio Occidental de Salud SOS EPS, Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud de Nariño E.S.S. "Emssanar E.S.S." y Entidad Cooperativa Solidaria de Salud "Ecoopsos".

⁶⁴ AZ Orden XXV-B, folio 291. Antecedentes del 6 de auto 373 de 2010. Numeral 5 de la parte considerativa.

vi) La Caja de Compensación Familiar del Norte Comfanorte⁶⁵ no resolvió los interrogantes planteados en el referido proveído.

14. Posteriormente, mediante auto 315 de 2010 (28 de septiembre)⁶⁶, esta Sala requirió a 20 entidades⁶⁷ que no allegaron el informe solicitado en el auto 107 de 2010 (8 de junio), para que enviaran el mismo indicando las razones por las cuales no habían dado cumplimiento oportuno.⁶⁸

En el periodo comprendido entre julio y noviembre de 2010 fueron allegadas las respuestas de 69 EPS. Sin embargo, no se logró establecer el total de glosas objeto de levantamiento automático, mesas de trabajo y radicación adicional, por cuanto fueron incluidos recobros pendientes por causales distintas y no se indicó la fecha de corte de las cuentas según lo señalado en el auto.

15. El 29 de noviembre de 2010 esta Corporación profirió el auto 373, por medio del cual solicitó al Fosyga y al Ministerio de Salud que informaran acerca: *i)* del trámite dado a los recobros detallados que según lo indicado por cada entidad no habían sido cancelados y, *ii)* de si se había efectuado el pago de los dineros aprobados a la EPS-S Capresoca en mesas de trabajo. Igualmente, requirió a las EPS que no atendieron lo ordenado en el auto 107 de 2010 para que allegaran los datos solicitados y pidió a la Caja de Compensación Familiar del Norte de Santander Comfanorte, que diera respuesta a los interrogantes formulados.

15.1. En oficio del 11 de enero de 2011⁶⁹, Fidufosyga, en respuesta al auto 373 de 2010 manifestó que luego de revisada la información suministrada en el medio magnético halló 6.630 registros de los cuales 55 se encontraban duplicados. Afirmó que se presentaron cuentas por valor de \$7.401 millones, siendo aprobados y pagados \$3.020 millones. Preciso que el consorcio procedió al reconocimiento de las glosas por la no inclusión de la autorización del recobro en la parte resolutive del fallo de tutela y por ausencia de la constancia de ejecutoria. Puso de presente que en relación con aquellos recobros que fueron glosados por estas causas y cuya documentación fue devuelta a las entidades,

⁶⁵ AZ Orden XXV-B, folio 294. Escrito de fecha 10 de diciembre de 2010. Se manifiesta que a la fecha “no existe por parte del consorcio FYDUFOSYGA ninguna glosa por causal de NO anexar constancia ejecutoria como soporte de las reclamaciones de tutelas enviadas en los años 2009 al 2010”.

⁶⁶ AZ Orden XXV-B, folios 280 - 288.

⁶⁷ Empresa Mutua para el Desarrollo Integral de la Salud E.S.S., "EMDISALUD ESS", Cooperativa Empresa Solidaria de Salud y Desarrollo Integral COOSALUD E.S.S. ARS. Cooperativa de Salud Comunitaria - COMPARTA. Asociación Mutua SER Empresa Solidaria de Salud ESS. Asociación de Cabildos Indígenas del Cesar "DUSAKAWI". Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba - Sucre "MANEXKA". Entidad Promotora de Salud "PIJAOSALUD EPSI". CAPRESOCA EPS. CALISALUD EPS. Salud Total S.A. EPS. Caja de Compensación Familiar de Nariño. Caja de Compensación Familiar de Sucre COMFASUCRE. Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja CAFABA. Caja de Compensación Familiar de FENALCO de Tolima COMFENALCO. Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca COMFACUNDI. Caja de Compensación Familiar CAJACOPI Atlántico. Caja de Compensación Familiar COMFACHOCO. Caja de Compensación Familiar de Caquetá COMFACA. SURA EPS. Saludcolombia EPS S.A.

⁶⁸ “Segundo. Por la Secretaría General de esta Corporación, REQUERIR a las entidades que se detallan a continuación para que en el término de tres (3) días presenten el informe ordenado en el numeral segundo del auto 107 de 8 de junio de 2010, indicando las razones por las cuales no dieron contestación oportuna a la providencia mencionada...”.

⁶⁹ AZ Orden XXV-B, folios 297-308.

no fue posible efectuar el levantamiento automático toda vez que el consorcio no contaba con los elementos para pronunciarse.

15.2. Por otra parte, en respuesta a la queja presentada por Capresoca⁷⁰, por el no pago de dinero aprobado en mesas de trabajo, señaló en informe de 24 de diciembre de 2010 que de los 39 recobros relacionados en la comunicación de Capresoca, 36 se encontraban aprobados (por lo que anexó la respectiva orden de pago) y los otros 3 rechazados toda vez que fueron glosados por otras razones.

16. En el auto 220 del 18 de octubre de 2011⁷¹, se devolvieron a las EPS remitentes todos los informes recibidos en respuesta a los autos 107 y 315 de 2010, ante la imposibilidad de análisis por no haber cumplido con las condiciones solicitadas en las providencias señaladas. De igual forma, se ordenó al órgano regulador, al Administrador Fiduciario del Fosyga y a todas las Entidades Promotoras de Salud que informaran: *i)* el total de los recobros glosados bajo esas dos categorías, *ii)* cuántos habían sido cancelados y *iii)* cuántos se encontraban pendientes por pagar con corte a 30 de junio de 2011.

16.1. Tal solicitud fue aclarada mediante auto 256 de 2011⁷², en el sentido de requerir que los pagos pendientes de realizar se relacionaran en un nuevo modelo de tabla.⁷³

16.2. El 22 de noviembre de 2011⁷⁴, en respuesta al auto 220 de 2011, el Ministerio de Salud indicó haber adoptado medidas tendientes a garantizar la celeridad, la eficacia y la efectividad en el trámite de los recobros.⁷⁵ Afirmó que no habían sido impuestas nuevas glosas por concepto de *falta de copia auténtica de la providencia de tutela, por la no autorización del recobro ante el Fosyga en la parte resolutive del fallo, ni por falta de constancia de ejecutoria*. A raíz de ello señaló que se reconocieron las solicitudes de recobro que por causa de la normatividad anterior habían sido rechazadas.

16.3. Entre noviembre de 2011 y enero de 2012, fueron recibidos alrededor de 93 escritos provenientes de diferentes entidades, de las cuales 50 en

⁷⁰ La EPS-S Capresoca manifestó que la cantidad de dinero aprobada en mesas de trabajo no le había sido cancelada, soporte que fue devuelto junto con otros a cada entidad promotora de salud con la finalidad de que enviaran nuevamente la información atendiendo parámetros establecidos.

⁷¹ AZ Orden XXV-C, folios 43-47.

⁷² AZ Orden XXV-F, folios 28-30. Proferido el 6 de diciembre de 2011.

⁷³

Número Radicac.	Fecha radica	Paquete	Clase Recob.	Valor cob	Valor glos	Fecha glosa	Código glosa	Observación de glosa	Razones glosa	Valor pendiente pago

⁷⁴ AZ Orden XXV-C, folios 178-215.

⁷⁵ En relación con las medidas implementadas con el fin de agilizar el estudio de los documentos que soportan los recobros por servicios ordenados por vía de tutela en aquellos casos en que la sentencia no ordena el recobro directo ante el Fosyga, recalcó nuevamente la flexibilización de los requisitos que se presentó para radicar las solicitudes de recobros a partir de la Resolución 3099 de 2008 y la ampliación de los periodos para radicar.

contestación a los autos 220 y 256 de 2011, hicieron referencia a los recobros glosados de que trata esta orden así⁷⁶:

RESPUESTA AL AUTO 220 Y 256 DE 2011					
1	AIC ⁷⁷	18	Comfama	35	Emssanar
2	Aliansalud	19	Comfamiliar	36	EPM
3	Ambuq	20	Comfamiliar Cartagena	37	Famisanar
4	Anas Wayuu	21	Comfanorte	38	Golden Group
5	Asmetsalud	22	Comfaoriente	39	Mallamas
6	Cafaba	23	Comfasucre	40	Manexca ⁷⁸
7	Cafam	24	Comfenalco Antioquia	41	Mutual ser
8	Cafesalud	25	Comfenalco Quindio	42	Redsalud
9	Calisalud	26	Comfenalco Santander	43	Salud condor
10	Caprecom	27	Comfenalco Valle	44	Saludcoop
11	Capresoca	28	Compensar	45	Saludtotal
12	Colpatria	29	Coomeva	46	Sanitas
13	Colsubsidio	30	Coosalud	47	Solsalud
14	Comfaca	31	Cruz blanca	48	SOS79
15	Comfachoco	32	Dusakawi	49	Sura
16	Comfacor	33	Ecoopsos	50	Unicajas
17	Comfaguajira	34	Edmisalud	51	Emssanar

La Sala precisa que aunque los datos relacionados en los escritos provenientes de las entidades señaladas se actualizaron con posterioridad al auto 065 de 2014⁸⁰, no se desglosarán en este acápite sino de manera conjunta cuando se estudien los escritos remitidos por aquellas con ocasión de las solicitudes elevadas en el auto referido. No obstante, cabe mencionar que algunas Entidades Promotoras de Salud expresaron que continuaban presentándose inconvenientes para obtener el reconocimiento de los recobros por los medicamentos de marca, toda vez que en algunos casos el Fosyga se había negado a pagar la diferencia entre su precio y el de los genéricos.⁸¹

Solsalud, por ejemplo, señaló que las dificultades que había detectado para el reconocimiento por parte del Fosyga de los recobros por medicamentos de marca eran las siguientes:

“a. De manera específica cuando se recobra un medicamento de MARCA ordenado por médico tratante, el Fosyga sin ningún análisis respectivo glosa este recobro, argumentando medicamento POS. Consideramos esta glosa mal invocada, ya que según fecha de atención y si existe justificación de uso del medicamento, este es perfectamente recobable.

b. Los médicos tratantes son renuentes a diligenciar formato de justificación de medicamento de MARCA por las limitaciones relacionadas en tiempos de atención

⁷⁶ AZ Orden XXV-C a AZ Orden XXV-J. De estos 93 escritos algunos se encuentran repetidos y por ello no se hace alusión a 93 EPS. Otros pertenecen a entidades que manifestaron no prestar servicios dentro del sistema de salud, no ser recobrantes o tener pendientes pagos de dinero por los conceptos en estudio, a lo cual se hace alusión más adelante.

⁷⁷ Asociación Indígena del Cauca.

⁷⁸ La Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA EPS.

⁷⁹ Servicios Occidentales de Salud.

⁸⁰ AZ Orden XXV-L folios 1-4.

⁸¹ Aliansalud AZ Orden XXV-F, folios 83. Solsalud AZ Orden XXV-D, folios 350A – 350B (Documento mediante el cual solicita prórroga para la entrega de información). AZ Orden XXV-E, folios 212 – 226. Comfaoriente AZ Orden XXV-C, folio 168. Sanitas AZ Orden XXV-G, folios 1 a 89.

consultas de 20 minutos y lo dispendioso de diligenciar dicho formato lo cual prolonga la consulta médica en algunos casos casi el doble del tiempo.

c. El hecho que el médico tratante ordene medicamento de MARCA para manejo de alguna patología o enfermedad , requiere la explicación del porqué (sic) no sirvió o no respondió dicha enfermedad al tratamiento con el medicamento POS en su presentación genérica, lo que hace de manera inherente SE DEBE DILIGENCIAR OTRO FORMATO, es decir un formato adicional denominado "REPORTE DE EVENTOS ADVERSOS" en el cual se plasma la causa del porqué el medicamento en su presentación genérica no brindo (sic) el resultado esperado, formato que es muy complejo en su diligenciamiento y prolonga más la atención y la consulta.

d. En muchas oportunidades las EPS quedamos expuestas, cuando el médico tratante formula y el usuario exigen medicamento de MARCA, sin una justificación medica (sic) respectiva, la cual limita el recobro a realizar y la inconformidad del paciente puede generar acciones de tutela que afectan el recobro en un 50% por lo tanto las EPS brinden o no el servicio de medicamento de marca tiende a perder financieramente dentro del sistema."

Por su parte, el Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia⁸², Asistencia Médica⁸³, Emermédica SAP⁸⁴, la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia⁸⁵, el Servicio de Emergencia Regional⁸⁶, el Servicio de Salud Universidad del Valle⁸⁷, Colsanitas⁸⁸, Medisanitas⁸⁹, la Rectoría de la Unidad Administrativa Especial de Salud⁹⁰, la Universidad de Córdoba⁹¹ y la Unidad de Servicios de Salud de la Universidad Nacional⁹² manifestaron no ser entidades recobrantes o no tener pendientes pagos de dinero por los conceptos en estudio.

17. Una vez compilada la información referida y con el fin de verificar los avances en el cumplimiento del mandato vigesimoquinto, esta Sala procedió a dictar el auto 065 del 21 de marzo de 2014, por medio del cual se pidió actualizar la información recibida sobre la problemática que motivó el mandato estructural.

En concreto, se ordenó a todas las Entidades Promotoras de Salud del país que suministraran los datos precisos referentes a las solicitudes de recobro glosadas por "*fallo de tutela*" y "*principio activo en POS*", especificando cuántas habían

⁸² AZ Orden XXV-E, folios 51 y 52.

⁸³ AZ Orden XXV-E, folios 61 a 68.

⁸⁴ AZ Orden XXV-E, folios 216 a 224.

⁸⁵ AZ Orden XXV-E, folio 111. Manifestó que "*por ser Régimen Especial, no efectúa recobros al administrador fiduciario Fosyga...*".

⁸⁶ AZ Orden XXV-E, folios 53 - 60.

⁸⁷ AZ Orden XXV-E, folios 109 - 110. Señaló que "*por ser un régimen especial no efectúa recobros al administrador fiduciario Fosyga*".

⁸⁸ AZ Orden XXV-E, folio 112. Indicó que dicha entidad no ostenta la calidad de EPS ni ofrece el POS por lo que no es una entidad que efectúe recobros al Fosyga.

⁸⁹ AZ Orden XXV-E, folio 113.

⁹⁰ AZ Orden XXV-E, folio 114.

⁹¹ AZ Orden XXV-C, folio 114.

⁹² AZ Orden XXV-E, folios 231 a 234.

sido radicadas, pagadas y no pagadas a la fecha de comunicación de la decisión, atendiendo las tablas allí contenidas.

En atención al referido proveído se recibieron respuestas por parte de las siguientes entidades, que serán profundizadas en la parte considerativa que desarrolle este acto:

ENTIDADES QUE DIERON RESPUESTA AL AUTO 065 DE 2014					
1	Aliansalud	18	Comfama	35	Golden Group
2	Ambuq EPS-S	19	Comfamiliar Nariño	36	Humana Vivir EPS
3	Asmet salud	20	Comfaorient	37	Mallamas EPS-I
4	Asociación Indígena del Cauca	21	Comfenalco Quindio	38	Manexka EPS-I
5	Cafaba	22	Comfenalco Santander	39	Mutual Ser EPS-S
6	Cafam	23	Comfenalco Tolima	40	Pijao Salud EPS-I
7	Cafesalud EPS	24	Comfenalco Valle	41	Redsalud
8	Cajacopi	25	Compensar	42	Salud Colombia
9	Cajasan	26	Convida EPS	43	Salud Cóndor
10	Caprecom EPS	27	Cooameva	44	Salud Total EPS
11	Capresoca EPS-S	28	Cruz Blanca EPS	45	Salud Vida
12	Colpatria Salud	29	Emdisalud EPS-S	46	Sanitas
13	Colsubsidio	30	Emssanar ESS	47	Selvasalud EPS-S
14	Comfaca	31	EPM	48	Solsalud EPS
15	Comfachoco	32	Famisalud - Comfanorte	49	SOS
16	Comfacor	33	Famisanar EPS		
17	Comfaguajira	34	Ferrocarriles Nacionales		

18. Más adelante, mediante auto 152 del 28 de mayo de 2014⁹³ la Sala requirió a las EPS que no allegaron respuesta dentro del plazo establecido en el auto 065⁹⁴ para que remitieran la información solicitada. Las siguientes entidades atendieron dicho requerimiento:

ENTIDADES QUE DIERON RESPUESTA AL AUTO 152 DE 2014 ⁹⁵					
1	Aliansalud	8	Comfamiliar Camacol	15	Dusakawi EPS-I
2	Anas Wayuu EPS-I	9	Comfamiliar Huila	16	Ecoopsos
3	Asociación Indígena Cauca	10	Comfasucre	17	Emsanar
4	Cafaba EPS liquidación	11	Comfenalco Antioquia	18	Saludcoop
5	Cafesalud EPS	12	Comparta	19	Sura EPS
6	Comfaboy	13	Compensar		
7	Comfaguajira	14	Cruz Blanca EPS		

19. Mediante auto 264 del 22 de agosto de 2014⁹⁶ la Corte solicitó a las Entidades Promotoras de Salud que reportaron deudas pendientes por los conceptos referidos, que enviaran los respectivos soportes. En respuesta a este proveído se recibieron documentos provenientes de 23 EPS, a saber:

ENTIDADES QUE DIERON RESPUESTA AL AUTO 264 DE 2014					
1	Aliansalud	9	Comfasucre	17	Golden Group

⁹³ “Primero.- Requerir a los representantes legales de las Entidades Promotoras de Salud referidas en el antecedente núm. 3.3. para que remitan, en el término perentorio de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación de esta decisión, el informe de que trata el ordinal 1º del auto de 065 de 2014.”

⁹⁴ “Ordenar a las todas las Entidades Promotoras de Salud del país que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la comunicación de este auto, presenten en medio físico y magnético, el informe a que se refieren los numerales 3, 4 y 5 de la parte motiva y en las condiciones indicadas en esta decisión.”

⁹⁵ AZ Orden XXV-O, folios 25-27.

⁹⁶ AZ Orden XXV-P, folios 72-76.

2	Asmet Salud	10	Comfenalco Antioquia	18	Mallamas EPS
3	Cafesalud EPS	11	Comfenalco Tolima	19	Redsalud
4	Capresoca EPS-S	12	Comparta	20	Salud Total EPS
5	Colpatria Salud	13	Compensar	21	Saludcoop EPS
6	Colsubsidio	14	Cruz Blanca EPS	22	Sanitas
7	Comfamiliar Huila	15	EPM	23	Solsalud EPS
8	Comfamiliar Nariño	16	Famisanar EPS		

20. En el auto 030 del 10 de febrero de 2015, esta Sala corrió traslado de los soportes allegados en respuesta al auto 264 de 2014 al Ministerio de Salud y lo requirió para que precisara las razones por las cuales a la fecha no habían sido levantadas y pagadas las glosas “*principio activo en POS*” y “*fallo de tutela*” a algunas EPS; asimismo, le pidió que certificara si en sus archivos o bases de datos existían soportes de radicación sobre 4 Entidades Promotoras de Salud adicionales.

20.1. El 10 de marzo de 2015⁹⁷, el Ministerio de Salud reiteró que en relación con la glosa “*fallo de tutela*” se expidió la Resolución 3099 de 2008⁹⁸ a través de la cual se reglamentaron los requisitos para presentar solicitudes de recobro originadas en fallos de tutela. Señaló que con dicho acto administrativo se suprimió la exigencia de adjuntar a la solicitud de recobro la constancia de ejecutoria del fallo. De igual forma, indicó que se aclararon los contenidos del Plan Obligatorio de Salud.

Así mismo, invocó la Resolución 3754 de 2008⁹⁹ como modificatoria, entre otros, del artículo 15 de la Resolución 3099¹⁰⁰ y que cambió el concepto de aplicación de la glosa 1-02 “*cuando el fallo de tutela no otorgue posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social*”, por “*cuando el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico - Científico, según sea el caso*”.

Refirió que las solicitudes glosadas por dichas causales se presentaron en un periodo adicional de radicación habilitado por la Resolución 3977 de 2008¹⁰¹

⁹⁷ AZ Orden XXV-Q, folios 83-102.

⁹⁸ “Por la cual se reglamentaron los Comités Técnico - Científicos y se estableció el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela.” Mediante el artículo 3° de la Resolución 3754 de 2008 se adicionó el artículo 12 de la Resolución 3099 de 2008, con el siguiente: “Parágrafo. Modificado por la Resolución del Min. Protección 5033 de 2008. Cuando las entidades recobrantes, a la fecha de vigencia de la presente resolución, dispongan de sentencias de tutela que en la parte resolutive no otorgue posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social, sin la copia auténtica del fallo, sin constancia de ejecutoria y las mismas no se hubieren radicado y se encuentre vencido el término de los seis (6) meses, podrán presentarlas a más tardar el quince (15) de diciembre de 2008, para que se tengan como oportunamente presentadas”.

⁹⁹ Por medio de la cual se modificó parcialmente la Resolución número 3099 de 2008.

¹⁰⁰ Este artículo regulaba las causales y los códigos por los cuales serían rechazadas en forma definitiva, las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicio médico o prestación de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico o por fallos de tutela. Resolución derogada por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013.

¹⁰¹ “Por la cual se introduce un parágrafo transitorio al artículo 14 de la Resolución número 3099 de 2008 y se autoriza un período excepcional comprendido entre el 21 y el 24 de octubre de 2008, para la radicación de las solicitudes de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.”

con el propósito de que fuere posible a las entidades ajustar sus recobros a las nuevas condiciones establecidas en la normativa.¹⁰²

Afirmó que con la expedición de las citadas resoluciones, las glosas que dieron origen a la orden bajo estudio fueron suprimidas del ordenamiento jurídico vigente y aplicable, lo que permitió que las solicitudes de recobro que no fueron tramitadas con ocasión de las glosas en cuestión se presentaran de nuevo en los plazos establecidos para ello.

20.2. Respecto de la glosa “*principio activo en POS*” precisó que en la elaboración y actualización del Plan Obligatorio de Salud, se establecieron metodologías y procesos técnicos para garantizar que su cobertura respondiera a las necesidades de los usuarios de la salud, teniendo en cuenta los recursos disponibles, su financiación con la UPC y, en sí, la sostenibilidad financiera del SGSSS.

En relación con lo anterior, manifestó que la cobertura de un medicamento la determina las siguientes condiciones: principio activo, concentración y forma farmacéutica, es decir, que más allá de la forma de dispensa (genérico o marca), aquel (el medicamento) cuente con las mismas propiedades.

De este modo, recalcó que “*el Plan de Beneficios y su contenido y por lo tanto su financiación con la UPC, siempre ha incluido un listado explícito de medicamentos cuyo principio activo, forma farmacéutica y concentración han de ser suministrados a quienes lo requieran de acuerdo con el ordenamiento médico, en cualquier forma de comercialización, es decir, genérica o de marca; por lo tanto la diferencia que se identifique no puede ser recobrada ni reconocida por el Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga*”.

20.3. Por último, en lo atinente al informe solicitado por esta Sala de Seguimiento para que explicara por qué a la fecha no habían sido levantadas y pagadas las glosas impuestas a las solicitudes de recobro referidas por las EPS¹⁰³ y que fueron radicadas ante el Fosyga, enlistó las acciones desplegadas en relación con cada una¹⁰⁴.

20.4. En escrito del 15 de mayo de 2015¹⁰⁵, el Ministerio de Salud remitió en respuesta al oficio de 9 de marzo enviado por esta Sala, un total de 240 imágenes en medio magnético como parte de los soportes requeridos. Adicionalmente, allegó en digital las imágenes de las respuestas enviadas a las EPS en relación

¹⁰² El Ministerio indicó que del valor total de solicitudes presentadas (\$31.361 millones – AZ Orden XXV-Q, folios 86), se aprobó el 99.9% de los recobros. Aquellas cuyo resultado fue la glosa, obedecieron al incumplimiento de requisitos diferentes a los que dieron origen a la orden 25. || El Ministerio se refirió a ajustar los recobros a las condiciones establecidas en las Resoluciones 3099 y 3754 de 2008.

¹⁰³ En respuesta al auto 264 de 2014 algunas EPS manifestaron que para la fecha en que dieron contestación a dicho proveído no habían sido levantadas ni pagadas las glosas impuestas a las solicitudes de recobro radicadas por dichas entidades.

¹⁰⁴ Informe de fecha 10 de marzo de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social. AZ Orden XXV – Q, folios 83 – 103.

¹⁰⁵ AZ Orden XXV- Q, folios 107 - 110.

con el resultado y trámite de las solicitudes de “objeción a la auditoría realizada’ e información de pago” sobre los paquetes correspondientes.

20.5. Mediante documento de 6 de julio de la misma anualidad¹⁰⁶, el ente regulador allegó 357 imágenes en medio digital, para complementar el envío al que se hizo referencia en el acápite anterior, como soporte de pagos efectuados a EPS con ocasión de los levantamientos ordenados en el mandato analizado.

20.6. El 9 de octubre de 2015¹⁰⁷, remitió 100 imágenes adicionales, como respuesta a los soportes solicitados mediante auto 030 de 2015.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

En atención a 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; el artículo 25, numeral 2, literal c)¹⁰⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁹, y el artículo 27 del Decreto Estatutario 2591 de 1991¹¹⁰, esta Sala Especial de Seguimiento es competente para proferir el presente auto.

2. METODOLOGÍA DE LA VALORACIÓN

La Corte evaluará el grado de acatamiento de la orden vigésimo quinta de la sentencia T-760 de 2008, en atención a los niveles de cumplimiento que se han establecido paulatinamente, a partir del auto 411 de 2015¹¹¹, con fundamento en el acervo documental que reposa en el expediente y en las intervenciones de las demás entidades adscritas al trámite de supervisión.

Para estos efectos, la Sala debe verificar si las entidades responsables removieron las glosas y, si como consecuencia de ello, se generaron los mecanismos para que el Fosyga aceptara y tramitara las solicitudes de recobro rechazadas.

¹⁰⁶ AZ Orden XXV- Q, folios 111 – 112.

¹⁰⁷ AZ Orden XXV- Q, folios 113 – 127.

¹⁰⁸ “Artículo 25. Protección Judicial: (...) 2. Los Estados Partes se comprometen: (...) c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

¹⁰⁹ Ley 16 de 1972 “por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”.

¹¹⁰ Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél (sic). Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

¹¹¹ Proferido el 16 de septiembre de 2015, mediante el cual se efectuó el seguimiento a la orden décima novena de la sentencia T-760 de 2008.

Dado que la naturaleza de esta orden implica principalmente confirmar la eliminación de las glosas en estudio, la Corte efectuará la valoración conforme a los niveles de cumplimiento que ha desarrollado, aunque prescindiendo del empleo de indicadores cuya ausencia no imposibilita la verificación del goce efectivo de los derechos, como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional.¹¹²

Respecto de la metodología para determinar el nivel de cumplimiento de las órdenes en el desarrollo de las labores de seguimiento, esta Corporación ha indicado que es válida la utilización de niveles que permitan valorar los avances, rezagos o retrocesos en la ejecución y el seguimiento de las políticas públicas.

*“Esta Corporación ha considerado como válida y útil la adopción de criterios que permitan evaluar los grados de cumplimiento que han alcanzado las autoridades. Con ello ha buscado adoptar criterios flexibles que permitan valorar los avances, retrocesos o estancamientos gubernamentales en la formulación, ejecución y seguimiento de las políticas públicas, sin que estos matices se pierdan ni desaparezcan como resultado de un examen que sólo tenga en cuenta, en blanco y negro, las coberturas y los resultados alcanzados.”*¹¹³

Lo anterior, sin perjuicio de que esta Corporación pueda valerse de los indicadores diseñados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹¹⁴

Es preciso señalar que el empleo de niveles de cumplimiento en el desarrollo del seguimiento que realiza esta Sala Especial no es óbice para que el rector de la política pública en salud diseñe unos indicadores que contribuyan a medir el cumplimiento y la continuidad de la política pública, particularmente el impacto de la misma en el acceso real y efectivo a los servicios de salud.¹¹⁵

Con base en las anteriores precisiones, la estructura del análisis y evaluación se desarrollará de la siguiente manera: i) se estudiará las competencias del juez constitucional en el seguimiento de la sentencia T- 760 de 2008 y los niveles de

¹¹² Auto 373 de 2016.

¹¹³ Sentencia T-388 de 2013 y autos 008 de 2009 y 373 de 2016.

¹¹⁴ Los indicadores de progreso son una herramienta de medición y monitoreo de cumplimiento del Protocolo de San Salvador que permite evidenciar la concreción progresiva de los derechos sociales, así como de las circunstancias que benefician o restringen la posibilidad de acceso efectivo a los derechos. Estos indicadores contribuyen al proceso de diseño y evaluación de las políticas públicas de los Estados miembros, dirigidas a asegurar el acatamiento de estos derechos. De este modo, los derechos del Protocolo fueron divididos en dos grupos. El primero, incorpora el de la salud, la seguridad social y la educación; el segundo, el derecho al trabajo y los derechos sindicales, el derecho a la alimentación adecuada, al medio ambiente sano y a los beneficios de la cultura. https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf

¹¹⁵ Auto 373 de 2016. En el auto 266 de 2017 se lee: *Con relación a este último aspecto, es preciso advertir que la Corte Constitucional desde la misma sentencia T-025 de 2004 ‘señaló la ausencia de indicadores y mecanismos de seguimiento y evaluación como uno de los problemas más protuberantes de la política de atención a la población desplazada’ [Sentencia T-025 de 2004. Fundamento jurídico 6.3.1.]. A pesar de ello, y de las diferentes órdenes dictadas por esta Corporación para superar este vacío [Autos 185 de 2004, 178 de 2005, 218 de 2006, 266 de 2006, 118 de 2008 y 373 de 2016], actualmente no existe una batería de indicadores completa que permita evaluar el cumplimiento y la continuidad de la política pública dispuesta para proteger los derechos de pueblos étnicos ni detectar los errores y obstáculos de su diseño e implementación con el fin de adoptar decisiones encaminadas a superar dichas fallas.*

cumplimiento; (ii) se precisará el alcance de la orden vigésimo quinta; (iii) se verificará el acatamiento formal de la orden; (iv) se revisará el cumplimiento material del mismo, y (v) se valorará el nivel de cumplimiento de la orden general.

3. SEGUIMIENTO AL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA T-760/2008 Y NIVELES DE CUMPLIMIENTO

3.1 Conforme al artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados partes deben adoptar medidas tendientes a la plena efectividad de los derechos reconocidos en tal compromiso.¹¹⁶

Ahora bien, con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, el Ejecutivo y Legislativo son los facultados para adoptar medidas tendientes a la satisfacción de dichas prerrogativas¹¹⁷; sin embargo, ante violaciones de derechos constitucionales en forma masiva y la inactividad de las autoridades respectivas, el juez constitucional, en ejercicio de sus funciones, puede intervenir excepcionalmente e impartir órdenes a las autoridades con el fin de proteger no solo los derechos de los accionantes, si no de todas las personas que se encuentren en la misma circunstancia.¹¹⁸

3.2 Por lo anterior, y ante vacíos legislativos u omisiones en las políticas públicas, el juez constitucional¹¹⁹ se constituye en una herramienta indispensable de orden excepcional que ante violaciones sistemática, de orden recurrente y el paso del tiempo, hace necesaria su intervención como garante del orden constitucional.¹²⁰

¹¹⁶ “Artículo 2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

¹¹⁷ Atendiendo a esta división de las ramas del poder público, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en virtud de los casos *Luther vs Borde* en 1849, *Baker vs Carr*, en 1962, *Powell vs McCormack* en 1969, entre otros, desarrolló la *Political Question Doctrine*, la cual se cimentó en el argumento de que “no le es permitido a la rama judicial injerir en asuntos propios del poder legislativo y ejecutivo, propendiendo la misma, por una separación estricta de poderes”.

¹¹⁸ En Estados Unidos y en otros países como la India, la Corte Suprema estableció unas directrices que debían adoptarse a fin de conjurar dicha práctica, para lo cual designó en el 2006 un comité de seguimiento en aras al restablecimiento de derechos.

¹¹⁹ No solo en Colombia sino en otros países.

¹²⁰ Como ocurrió en Estados Unidos, cuando la Corte Suprema fue morigerando su posición y en los años sesenta aplicó la *Structural Remedies* en el asunto de *Brown II vs Board of Education*, sobre la discriminación racial en las instituciones escolares públicas de E.E.U.U., y en otros casos como el de *Swann vs Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, sobre el manejo de cárceles, hospitales psiquiátricos, entre otras instituciones, casos en los cuales el juez no se limitó a proteger únicamente los derechos fundamentales de las partes. En relación con la *Structural Remedies*, el Tribunal Constitucional de nuestro país también se refirió en la sentencia T-1030 de 2003, señalando que las: “*características principales* (de dicha teoría) *son las siguientes*: 1) la acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un status quo injusto; 2) el proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas; 3) los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas; 4) la sentencia no tiene sólo efectos interpartes; 5) la Corte Suprema de Justicia conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo; 6) el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación y 7) la finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales.”

3.3 En Colombia, la jurisprudencia constitucional no se ha mantenido al margen de las políticas públicas en los eventos de prácticas inconstitucionales o de bloqueos institucionales que impliquen un quebrantamiento sistemático de los derechos fundamentales de un número significativo de personas. Lo anterior, en desarrollo del artículo 113 de la Constitución Política, el cual dispone que aunque los órganos del Estado tienen funciones separadas existe un deber de colaboración armónica para alcanzar los fines del mismo.¹²¹

3.4 En la sentencia SU-559 de 1997, la Corte consideró pertinente emitir una orden compleja a las autoridades públicas para que adoptaran medidas tendientes a eliminar el estado de cosas inconstitucional, generado porque un porcentaje muy alto de docentes del orden territorial, a nivel nacional, no habían sido afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En esa oportunidad, el Tribunal afirmó que si bien a través de la tutela se protegen los derechos fundamentales de las partes, cuando el juez constitucional evidencia que el comportamiento omisivo de las autoridades competentes vulnera la Constitución puede proferir órdenes generales con la finalidad de que adopten medidas conducentes que tiendan a eliminar las condiciones que genera un estado de cosas abiertamente inconstitucional.¹²²

En este sentido, la sentencia T-025 de 2004 indicó que ante la existencia de dicha circunstancia¹²³, esta Corporación ha proferido mandatos para que las autoridades responsables adopten medidas con el fin superarlo, determinando entre otras medidas:

“En consecuencia ha ordenado, entre otras cosas y, según el caso, que (i) se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional; (ii) se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; (iii) se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución; (iv) se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional; y (v) se realicen los trámites administrativos,

¹²¹ En relación con este punto, Juan Carlos Henao Pérez, en su artículo “El Juez Constitucional: Un actor de las Políticas Públicas” manifestó que: “las políticas públicas son una manera de satisfacer ciertas obligaciones del Estado con la sociedad en su conjunto, específicamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales. (...). En este orden de ideas, ante el incumplimiento –por el déficit de implementación que afecta la concreción de los derechos–, el juez debe ordenar su restablecimiento allí donde encuentre que son infringidos”

¹²² La sentencia SU-559 de 1997 señaló que: “(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). (...) (2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.”

¹²³ El estado de cosas inconstitucional.

presupuestas y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos.”¹²⁴

3.5. Es preciso acotar que la intervención excepcional del juez constitucional en políticas públicas¹²⁵ ha sido respetuosa de las competencias de las demás ramas del poder público¹²⁶, a la vez que ha creado espacios para escuchar al poder ejecutivo, así como a los entes de control, y expertos en el asunto bajo supervisión, con el fin de buscar una mejor solución a la problemática existente¹²⁷, toda vez que *“no busca suplantar las funciones y labores de las entidades estatales, [si no, que] pretende encauzarlas cuando han demostrado fallas o defectos graves.”¹²⁸*

3.6. El seguimiento extraordinario que la Sala Especial realiza al acatamiento de las órdenes emitidas en la sentencia T-760 de 2008 tiene fundamento en la persistencia de afectaciones sobre el goce efectivo del derecho a la salud; no obstante, el tiempo que se ha dispuesto para observar los mandatos generales al no cumplirse integralmente exponen la eficacia de la providencia para la garantía del Estado social de derecho¹²⁹, lo cual tiende a que el control judicial sea más activo por la exposición de la eficacia de la sentencia estructural.

3.7. La Corte ha hecho referencia a la facultad de mantener la competencia¹³⁰ hasta que se verifique el efectivo cumplimiento de las órdenes generales. En el auto 266 de 2017, la Sala Especial de Seguimiento de la sentencia T-025 de 2004 señaló que:¹³¹

“En consecuencia, hasta tanto la política pública no se encuentre indefectiblemente encaminada a: (i) desactivar los riesgos específicos que afectan a las comunidades y pueblos indígenas y afrodescendientes; (ii) superar las afectaciones ocasionadas en virtud del desplazamiento forzado; y (iii) asegurar un tratamiento adecuado respecto a las especiales necesidades de esta población, esta Corporación mantendrá su competencia frente a la garantía de los derechos fundamentales de las comunidades y pueblos indígenas y afrodescendientes desplazados o en riesgo de estarlo, siguiendo los criterios

¹²⁴ En este mismo sentido, se han proferido las sentencias T-289 de 1998, T-068 de 1998, T-153 de 1998, T-606 de 1998, SU-250 de 1998, T-559 de 1998, T-590 de 1998, T-525 de 1999, T-388 de 2013 y T-197 de 2017.

¹²⁵ En especial en salud.

¹²⁶ Con relación a esta forma de abordar problemas estructurales por parte del máximo Tribunal Constitucional, César Rodríguez en el artículo *“El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”*, publicado en la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 14 (diciembre de 2013), ha manifestado, que las sentencias de tipo dialógico consagran fines generales y procesos de ejecución de forma clara, con plazos fijos y con la obligación de que las entidades encargadas rindan informes sobre los avances en la ejecución. Así mismo, les deja la facultad a los organismos administrativos de tomar las decisiones sustantivas y los resultados detallados. Por otra parte, este tratadista también ha señalado que el enfoque dialógico propende por mecanismos participativos de seguimiento, tales como las audiencias públicas, las comisiones de vigilancia, el llamado a los organismos administrativos y a la sociedad civil, para que presenten sus concepto y hagan parte de los debates organizados por el tribunal.

¹²⁷ Roberto Gargarella y Paola Bergallo en la presentación del texto *Por una Justicia dilógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (2014) señalaron que: *“el constitucionalismo dialógico vendría a decirnos que los asuntos constitucionales fundamentales deben ser resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo, y que debe involucrar a las distintas ramas del poder, tanto como a la propia ciudadanía”* (pág. 11).

¹²⁸ Sentencia T-388 de 2013.

¹²⁹ Artículos 1º y 2º de la Constitución Política.

¹³⁰ Auto 266 de 2017, pág. 23. *Cfr.* Auto 373 de 2016, pág. 178. Sentencia T-388 de 2013.

¹³¹ Auto 266 de 2017, pág. 9. *Cfr.* Auto 373 de 2016.

establecidos en el auto 373 de 2016. Así, ‘Si el nivel de cumplimiento es bajo, el juez de tutela, por supuesto, mantendrá su competencia, pues la violación y la amenaza al derecho no han cesado; aunque existen avances y progresos mínimos, el riesgo sobre los derechos es significativo y, por tanto, demanda la atención del juez. Su competencia y las órdenes, deberán mantenerse y complementarse en la medida en que se requiere.’”

Por lo anterior, se requiere de un monitoreo dialógico, constructivo y participativo y, por tanto respetuoso de las competencias del rector de la política pública, así como de las expresiones ciudadanas, que permita superar en el menor tiempo posible y de manera eficaz los obstáculos que impiden garantizar la tutela judicial efectiva del derecho a la salud.

3.8 La intervención del juez constitucional en materia de políticas públicas ha de ser excepcional y, por ende, justificada ante situaciones complejas de bloqueos institucionales o prácticas inconstitucionales (respuestas inadecuadas e insuficientes), toda vez que el diseño e implementación son competencias del Gobierno nacional. Entonces, la función judicial constitucional se expone deferente frente a las competencias de las autoridades responsables, generando espacios de interacción y diálogo entre los diferentes actores.¹³²

3.9 En auto 266 de 2017 la Corte señaló que los bloqueos institucionales se causan por la desarticulación entre las autoridades responsables de la política pública.

“No hay que olvidar que un bloqueo institucional se causa por ‘un grado profundo de desarticulación o de falta de coordinación entre distintas entidades estatales encargadas de una política pública que depende de varias agencias, instituciones y actores sociales (...)’ y que trae consigo ‘la transgresión masiva y sistemática de los derechos fundamentales’”.

De igual manera, en el auto 373 de 2016, en relación con la participación excepcional y residual del juez constitucional en las políticas públicas, manifestó que:

“No podría ser de otra forma en un sistema democrático, fundado en los principios de separación y colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, donde la intervención del juez constitucional en las políticas públicas que afectan a los derechos fundamentales de los ciudadanos es excepcional y residual, toda vez que se justifica ante situaciones complejas de bloqueos institucionales o de prácticas inconstitucionales, que a pesar de provocar una vulneración masiva y sistemática de los derechos fundamentales, no reciben una adecuada respuesta por parte de la administración en el marco de sus procedimientos ordinarios de seguimiento y de corrección de falencias. Es precisamente el anquilosamiento y la parálisis de la propia administración para resolver las situaciones complejas que se le presentan, y que se traducen en la vulneración plural y generalizada de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la situación que amerita la intervención del juez constitucional.”

¹³² Malcolm Langford, César Rodríguez Garavito y Julieta Rossi (editores). *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Bogotá: Dejusticia, 2017. Pág. 122.

Así, esta Corte ha señalado en diferentes oportunidades la importancia del seguimiento a las órdenes generales emitidas por ella, sin afectar las competencias de las autoridades encargadas del diseño y ejecución de las políticas públicas.

3.10. Para la intervención excepcional y residual de la Corte, en el diseño o implementación de la política pública concerniente, deben observarse tres condiciones básicas a la luz de Constitución: “(i) la primera es que la política efectivamente exista; (ii) la segunda es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho; y (iii) la tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática”.¹³³

3.11. El adecuado funcionamiento y los buenos resultados de las reformas normativas introducidas por los responsables de la dirección y organización de las políticas públicas dependen de que estas se encuentren respaldadas por estudios empíricos y de reflexiones sobre cuál es el mejor camino de la acción estatal.¹³⁴ Lo anterior significa que la sola expedición de normas o actos administrativos, la ejecución parcial de políticas públicas y la simple demostración de ajustes presupuestales, no constituyen una razón definitiva para calificar como superadas las fallas estructurales que puedan haberse declarado.¹³⁵

Adicionalmente, el proceso de diseño y construcción de las políticas públicas debe permitir la participación ciudadana -empoderamiento- y, de esta forma, facilitar la oportunidad y eficiencia de las mismas al momento de su implementación.¹³⁶

¹³³ La sentencia C-351 de 2013, señaló que de acuerdo con la sentencia T-595 de 2002, la primera condición implica que “debe existir una política pública, generalmente plasmada en un plan. Es lo mínimo que debe hacer quien tiene la obligación de garantizar la prestación invocada. Se desconoce entonces la dimensión positiva de un derecho fundamental en sus implicaciones programáticas, cuando ni siquiera se cuenta con un plan que conduzca, gradual pero seria y sostenidamente a garantizarlo y protegerlo”; la segunda refiere que “el plan debe estar encaminado a garantizar el goce efectivo del derecho; el artículo 2.º de la Constitución fija con toda claridad este derrotero. La defensa de los derechos no puede ser formal. La misión del Estado no se reduce a expedir las normas y textos legales que reconozcan, tan sólo en el papel, que se es titular de ciertos derechos. La racionalidad estatal mínima exige que dichas normas sean seguidas de acciones reales. Estos deben dirigirse a facilitar que las personas puedan disfrutar y ejercer cabalmente los derechos que les fueron reconocidos en la Constitución” y la tercera, que “el plan debe ser sensible a la participación ciudadana cuando así lo ordene la Constitución o la ley. Este mandato proviene de diversas normas constitucionales, entre las cuales se destaca nuevamente el artículo 2.º, en donde se indica que es un fin esencial del Estado (...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; (...), lo cual concuerda con la definición de la democracia colombiana como participativa (artículo 1.º C.P.)”.

¹³⁴ Sentencia C-646 de 2001.

¹³⁵ El auto 385 de 2010 señaló lo siguiente: “Es por esta razón que la mera demostración de ajustes presupuestales, la expedición de normas o el diseño y ejecución parcial de políticas públicas, no constituye en modo alguno un motivo o una razón concluyente para dar por superado el estado de cosas inconstitucional. Estos hechos pueden ser relevantes en cuanto se traduzcan en un mejoramiento significativo en el goce efectivo de los derechos, pero no son per se un criterio para dar por terminado el proceso judicial. Si la Corte se limitase a hacer una evaluación de este tipo, no solo estaría invadiendo la órbita de las competencias de las demás funciones del Estado, sino que además estaría quebrantando el ordenamiento constitucional, al dar por concluido un proceso de esta magnitud, sin haber garantizado el contenido de los derechos constitucionales amenazados y violados en el presente caso.”

¹³⁶ Auto 411 de 2015.

3.12. Este Tribunal ha valorado el cumplimiento de la mayoría de las órdenes estructurales durante los diez años que han transcurrido desde la expedición del fallo estructural.¹³⁷ El tiempo que ha acontecido, a partir del momento en que fueron emitidas las órdenes, exige que la verificación y valoración del acatamiento de los mandatos proferidos se muestre más activo, dinámico y refleje el contexto social en que se desenvuelve el sistema de salud en Colombia, haciendo más riguroso el seguimiento jurisdiccional para evitar que las providencias de la Corte se vuelvan inocuas o incurran en una simbología. Ello, sin desconocer los avances significativos que se han registrado en el goce efectivo del derecho a la salud., a través de las medidas gubernamentales adoptadas.

3.13. El papel actual de la Sala de Seguimiento propone una supervisión activa y respetuosa de las competencias gubernamentales, que, lejos de interferir en el diseño de las políticas públicas en salud, busca generar soluciones oportunas y eficaces para aproximarse a la superación definitiva del déficit que se presenta en materia de salud¹³⁸. Por tanto, esta Corte podrá acudir a mecanismos como el desarrollo de sesiones técnicas para la superación de obstáculos, solicitud de informes de progreso y valoraciones progresivas de cumplimiento de órdenes impartidas, además de las inspecciones judiciales.¹³⁹

3.14. De esta manera, el estudio de los actos formales acreditados por el Gobierno nacional conlleva que los logros conseguidos se midan no solo por la expedición del acto normativo, sino también desde la evidencia social y la materialización de los mismos, siempre en la búsqueda de la satisfacción efectiva de las necesidades de los usuarios del sistema de salud.¹⁴⁰ Así, esta Sala de Seguimiento valora el cumplimiento material de las órdenes impartidas en la sentencia T-760 de 2008, partiendo de la verificación del avance en el goce efectivo de los derechos de la población usuaria del sistema; y de esta forma

¹³⁷ La sentencia T-760 fue proferida el 31 de julio de 2008.

¹³⁸ En este sentido la sentencia T-080 de 2018 señaló que “*El rol del juez constitucional, sin embargo, no debe ser pasivo. En efecto, ante un legislador y una administración inoperantes en materia de derechos sociales fundamentales, el juez está llamado a actuar como garante de los derechos constitucionales. Más aún, si se trata de derechos sociales llamados a satisfacer necesidades básicas radicales¹³⁸ o sus titulares son personas en situación de vulnerabilidad¹³⁸, el margen de configuración y acción de los órganos competentes en esta materia se ve reducido y, por consiguiente, los deberes y facultades del juez constitucional, son correlativamente ampliados*”.

¹³⁹ Langford, Rodríguez y Rossi, *Op. Cit.*, Pág 123. “*Esta descripción, compuesta de tres elementos, permite una valoración de la naturaleza monológica o dialógica de una determinada sentencia o tribunal. Las decisiones más dialógicas en los casos estructurales involucran: reconocimiento claro de la exigibilidad judicial del derecho en cuestión (derechos fuertes); asignación de las decisiones de política pública a las ramas electas del poder, al tiempo que se establece un mapa claro para medir el progreso (medidas judiciales moderadas); y supervisión activa de la ejecución de las órdenes del tribunal mediante mecanismos participativos como las audiencias públicas, los informes de progreso y las decisiones sobre el seguimiento (seguimiento fuerte).*”

¹⁴⁰ Cabe resaltar el seguimiento a las políticas públicas que vienen realizando Brasil, Costa Rica y Sudáfrica, entre otros, en relación con el cual es palpable la intervención y seguimiento ejecutado por parte del órgano judicial en las decisiones adoptadas por el mismo, que ha conllevado a la obtención de mejores resultados en relación con el cumplimiento, sin dejar de lado el sinnúmero de eventos que contribuyen en el incumplimiento de las decisiones, como lo es el plazo otorgado, que la protección del derecho se invoque frente a un grupo o una individualidad o las implicaciones económicas que la orden judicial pueda tener. Langford, Malcolm, César Rodríguez Garavito y Julieta Rossi, editores. *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento.* Bogotá. Dejusticia, 2017. Págs. 80, 100, 140-170, 218-245.

evitar incurrir en una representación normativa y decisional equivalente únicamente a un cumplimiento formal.

3.15. Es importante resaltar que el papel del Tribunal Constitucional se articula con el diseño e implementación de las políticas públicas, a través de una labor dialógica, abierta y deliberativa al momento de verificar el cumplimiento de los mandatos emitidos, para lo cual tendrá que calificar las medidas adoptadas y las acciones desplegadas por las autoridades encargadas. En esas condiciones, las valoraciones de las órdenes se efectuarán de manera general y específicamente sobre cada uno de sus elementos constitucionalmente significativos.

3.16. *Niveles de cumplimiento.* Las órdenes se analizarán atendiendo principalmente tres ítems: las medidas, los resultados y los avances. Sin embargo, la Corte ha sostenido que para declarar el cumplimiento de una orden general, no se hace necesario su satisfacción plena para que la Sala pueda dar por superado el mandato general.

Lo anterior, toda vez que resulta suficiente que se puedan evidenciar cambios en el funcionamiento del sistema de salud, derivados de actuaciones idóneas, el mantenimiento de resultados y una perspectiva de avance sostenible para que la Sala pueda suspender el seguimiento o lo entregue.¹⁴¹

Adicionalmente, la Sala de Seguimiento debe anotar que la persistencia en el incumplimiento resultaría más gravosa para el Estado desde el punto de vista del costo-beneficio, razón por la cual se deben asegurar con prontitud y eficacia niveles básicos de garantía de los derechos sociales.¹⁴²

¹⁴¹ Cfr. Auto 373 de 2016. Al desarrollar los “criterios para entender superadas las condiciones que dan lugar a la intervención excepcional del juez constitucional en la política pública de desplazamiento forzado” señaló que la jurisprudencia constitucional permite identificar criterios “para efectos de analizar si la actuación de las autoridades es idónea y sostenible para así entender por superadas las condiciones que dan lugar a la intervención excepcional del juez constitucional en la política pública. Así ocurre con los parámetros definidos por esta Corporación que permiten evaluar el cumplimiento a las órdenes complejas dictadas por el juez constitucional por parte de las autoridades responsables.” De esta manera permite establecer que si los resultados son sostenibles puede darse por superada una falla general que dio lugar a la intervención del juez.

¹⁴² “Las teorías instrumentales se concentran en los costos y beneficios del cumplimiento, sean de naturaleza material o política. Muchos abogados y sus críticos presuponen que la potencia de la ley y, por extensión de los tribunales, normalmente surge de su poder coercitivo (OSJI, 2010). El incumplimiento tiene consecuencias. Si los jueces poseen autoridad para constreñir las opciones de cualquier sujeto y, por tanto, pueden obligarlo a hacer algo en contra de su voluntad, ... la implementación de las sentencias debería ocurrir ipso facto. Esa concepción clásica del derecho involucra tanto el poder de ordenar sanciones como el de hacerlas cumplir (Yankah, 2008)”, Langford, Rodríguez y Rossi. *Op. Cit.*, Pág. 24. Asimismo, “Por costos (beneficios) normativos entiendo el choque (la congruencia) entre el objetivo del proceso judicial y los fines y valores proclamados de la organización o el sujeto en cuestión (la inclinación de una empresa “verde” a cumplir con una sentencia sobre medioambiente o la objeción de un partido liberal a una sentencia que requiere la expansión de las protecciones sociales, por ejemplo). El resultado de ese costo (beneficio) normativo es la resistencia (deseo) a hacer algo, como producto de compromisos normativos o ideológicos, del prejuicio o la simpatía, los cuales no pueden reducirse a los costos económicos de un cambio de dirección, al costo político de hacer algo impopular o siquiera el costo político de parecer hipócrita. Las consideraciones normativas e ideológicas tendrían un peso intrínseco o añadirían un aspecto positivo o negativo a las sentencias y cambiarían de manera radical el peso de las consideraciones económicas y políticas.” *Op. Cit.*, p. 588.

Ahora bien, la continuación del seguimiento a las diferentes órdenes generales, por parte de este Tribunal Constitucional pretende identificar los puntos de bloqueo institucional, para facilitar mecanismos que permitan su remoción.¹⁴³

3.17. *Matrices de valoración.* De conformidad con lo expuesto, la valoración inicia con la verificación de la existencia de medidas, a fin de determinar si las mismas son conducentes o no para la superación de la falla estructural y, con base en ello, declarar un nivel de cumplimiento, como se expone a continuación:

Matriz núm. 1

Niveles de cumplimiento atendiendo a las medidas adoptadas					
Medidas	Incumplimiento General	Cumplimiento			
		Bajo	Medio	Alto	General
No existen	X				
Inconducentes		X			
Conducentes		X	X	X	X

De acuerdo a lo anterior, se evaluarán como *incumplimiento general* las situaciones en que se evidencien la inexistencia de medidas tendientes a superar la falla. Si por el contrario se comprueba la existencia de ellas, la valoración se realizará en un escenario de cumplimiento y se debe continuar el análisis para determinar su conducencia. Si se concluye que son inconducentes el nivel de cumplimiento será *bajo* y si son conducentes para cumplir el objeto de la orden, se continuará con la verificación de los *resultados*, teniendo en cuenta lo siguiente:

Matriz núm. 2

Niveles de cumplimiento atendiendo a los resultados obtenidos				
Resultados	Cumplimiento			
	Bajo	Medio	Alto	General
No acreditados	X			
No reflejan que se va a superar la problemática	X			
Evidencian que se va a superar la problemática		X	X	X

En consecuencia, cuando los resultados no se acrediten o no permitan evidenciar que la falla se superará se califica automáticamente la observancia de la orden con un nivel de cumplimiento *bajo*. Únicamente si se cuenta con pruebas a partir de las cuales se pueda deducir que sí se va a conjurar la falla (tercer supuesto de los resultados, matriz núm. 2) se continuará con el análisis de los avances atendiendo a los siguientes parámetros:

Matriz núm. 3

Niveles de cumplimiento atendiendo a los avances reflejados

¹⁴³Cfr. autos 373 de 2016 y 266 de 2017.

Resultados	Cumplimiento			
	Bajo	Medio	Alto	General
No son significativos		X		
Son significativos pero no han conjurado la falla en su totalidad			X	
Superaron la falla estructural que dio origen a la orden				X

En esta medida, se procederá a calificar con un nivel de cumplimiento *medio* si se verifica que hay avances pero no significativos; *alto*, cuando los hay pero no han conjurado en su totalidad la falla, y *general*, ante la superación de la falla estructural que dio origen a la orden, respectivamente.

Cabe insistir que la evaluación de cumplimiento de los supuestos de la orden se realizará verificando no solo el cumplimiento formal, sino también el material de los mismos.

3.18. De conformidad con lo expuesto, se conceptualizan a continuación las cinco categorías de niveles de cumplimiento.

3.18.1. *Incumplimiento general*. Este se decreta si, revisado el estado actual de la orden, se verifica que la autoridad responsable del cumplimiento del mandato no adoptó medidas para superar la falla.

3.18.2. *Nivel de cumplimiento bajo*. Se calificará con cumplimiento bajo, cuando los resultados evaluados pongan en evidencia la adopción de medidas por la autoridad obligada y concurra al menos uno de los siguientes supuestos:

i) Que sean inconducentes para cumplir con el mandato estructural, lo que implica que no son compatibles con los elementos de la orden.

ii) Que sean conducentes para el cumplimiento de la disposición que se examine, por cuanto abordan acciones en relación con los requerimientos de la orden, pese a que la autoridad encargada no acreditó resultados¹⁴⁴.

iii) Aun cuando sean conducentes y los resultados hayan sido informados a la Sala Especial, no se advierten avances reales¹⁴⁵, por lo que no es posible calificar el cumplimiento con satisfacción del mandato toda vez que no se evidencia que se haya superado la falla estructural.

iv) Las medidas adoptadas para alcanzar las metas fijadas, aun cuando son conducentes presentan resultados que solo atienden al aspecto formal de la orden y no al material, situación en la cual se dará prelación al segundo ítem

¹⁴⁴ Entiéndase por *resultado* la materialización de las medidas formales adoptadas por la autoridad obligada en el ámbito de acatamiento de la orden examinada.

¹⁴⁵ Entiéndase por *avance* el efecto de progreso que permita comparar, en un periodo de tiempo determinado, la situación existente antes de la adopción de las medidas acreditadas y después de su implementación, siempre que reflejen cambios favorables en la superación de la falla estructural en el sistema de salud.

(material), para asegurar el cumplimiento integral del mandato y garantizar la protección del derecho objeto de la protección.

3.18.3. *Nivel de cumplimiento medio.* Se decretará aun cuando el obligado haya adoptado las medidas conducentes, reportado los resultados y aquellos muestren avances en la implementación de la política, pero las mejoras no sean suficientes sino parciales en la superación de la falla estructural que dio origen a la orden objeto de supervisión. Cuando la Sala declare este nivel de cumplimiento, otorgará un plazo razonable para que la autoridad encargada trabaje en el acatamiento de la orden, que una vez finalizado dará lugar a que la Corte verifique nuevamente los resultados obtenidos.

3.18.4. *Nivel de cumplimiento alto.* Procederá la declaratoria del nivel de cumplimiento alto cuando:

- i) Se hayan adoptado las medidas adecuadas para cumplir con el mandato de que se trate.
- ii) La autoridad obligada reporte los resultados a la Sala de Seguimiento.
- iii) Se evidencien avances suficientes, progresivos, sostenibles y significativos para el acatamiento del mandato en cuestión.
- iv) La problemática que dio lugar a la orden valorada se pueda superar.

Cuando se declare este nivel de cumplimiento, la Sala Especial podrá trasladar la supervisión del acatamiento de la orden a la Procuraduría General de Nación¹⁴⁶ y/o Defensoría del Pueblo¹⁴⁷, mediante *la suspensión del seguimiento*, para que efectúen la verificación final de la ejecución de la política pública dirigida a la observancia del mandato estructural, mediante la presentación de informes periódicos a la Sala especial de Seguimiento hasta que se cumpla con la totalidad de los supuestos de la orden o este Tribunal reanude el trámite que ha sido suspendido.

3.18.5. *Cumplimiento general.* Si la Sala concluye que las medidas implementadas son adecuadas para cumplir con la disposición analizada y que sus resultados son suficientes, sostenibles, significativos, progresivos a tal punto que permiten concluir que se superó la falla estructural que dio lugar a la expedición de la orden, calificará con cumplimiento general las actuaciones desplegadas por la autoridad encargada. Adicionalmente, se espera que el sistema haya recopilado herramientas suficientes para enfrentar circunstancias similares a las que dieron origen a la sentencia T-760 de 2008 y que puedan presentarse en el futuro.

¹⁴⁶ De conformidad con el artículo 277.1 de la Constitución Política corresponde al Procurador General de la Nación vigilar el cumplimiento de las decisiones judiciales.

¹⁴⁷ El artículo 282 de la Carta Política de Colombia establece que el Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos.

Este nivel de cumplimiento deriva en el *cese del seguimiento* por parte de la Corte, con ocasión de que se ha conseguido el resultado pretendido al interior de la orden analizada. Aunque quede un reducto, finalmente la Corporación hace abstracción de su competencia

3.19. Cuando una orden sea valorada con *incumplimiento, nivel de cumplimiento bajo y medio*, el trámite de supervisión también podrá *cesarse* si el mandato ha perdido los fundamentos de hecho o de derecho, que le dieron lugar o cuando se haya agotado su vigencia temporal. Es decir, cuando el cumplimiento del mandato estaba limitado en el tiempo y debía presentarse en una fecha específica, siempre que lo anterior permita determinar con claridad la superación formal y material del motivo que dio lugar a lo ordenado y no continúe produciendo efectos jurídicos, dando lugar a restablecer el goce efectivo del derecho.

En caso de que las autoridades obligadas persistan en los tres primeros niveles de cumplimiento (incumplimiento general o en los niveles de acatamiento bajo y medio), la Corte implementará herramientas de origen constitucional o legal para hacer efectivas sus órdenes, con la finalidad de conseguir avances progresivos y significativos, además de evitar la secuencia de incumplimientos. En este contexto la Sala podrá ejercer un control y seguimiento más riguroso para alcanzar los objetivos constitucionales, adoptando medidas restaurativas, de reemplazo o cualquier otra que pueda estimar apropiada, en la pretensión de una mayor participación democrática y un empoderamiento de la ciudadanía.¹⁴⁸

3.20 Finalmente, en pro del seguimiento al cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia T-760 de 2008, se cuenta con el apoyo de la Procuraduría General de Nación, la cual deberá realizar un acompañamiento con enfoque preventivo¹⁴⁹ a las entidades concernidas en la ejecución de los

¹⁴⁸ Ver Langford, Rodríguez y Rossi, *Op. Cit.* “... Para que las medidas dirigidas a solucionar las violaciones de derechos sociales se ejecuten de manera tal que mejoren el disfrute de esos derechos, deberán basarse en [...] el empoderamiento de las comunidades marginadas para que intervengan ese proceso” (pág. 47). En el capítulo “Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”, y en el acápite sobre el efecto participativo de César Rodríguez Garavito, se menciona que la Corte desde un inicio ha involucrado no solo a los principales organismos administrativos responsables de la situación sino también a otros organismos, dando lugar a una mayor participación por parte de la sociedad civil en el seguimiento del cumplimiento de las decisiones judiciales. En efecto, señala que *como se explica luego, la CCC ha estimulado la participación de los organismos administrativos y las organizaciones de la sociedad civil, y el diálogo entre ellos, mediante audiencias y solicitudes periódicas de información, con lo que ha promovido el tipo de activismo judicial dialógico que a mi juicio puede mejorar el efecto de las sentencias sobre DESC*”. (pág. 115). Por otra parte, en el capítulo séptimo titulado “Canadá; reclamaciones sistémicas y diversidad de medidas judiciales” de Bruce Porter, se lee, en el mismo sentido, que los activistas y reclamantes de derechos canadienses junto con aliados de otros lugares, comparten empoderar democráticamente mediante la adopción de medidas judiciales efectivas a los titulares de los derechos. De esta manera, los tribunales deben elaborar sus órdenes permitiendo que todos los agentes influyentes participen (pág. 301).

¹⁴⁹ Cfr. Constitución Política art. 277.1: “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: 1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos”. Decreto Ley 262 de 2000 art. 24.1: “Funciones preventivas y de control de gestión. Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley, las procuradurías delegadas tienen las siguientes funciones de vigilancia superior, con fines preventivos y de control de gestión: 1. Velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, así como de las decisiones judiciales y administrativas”. Y Resolución 490 de 2008, por medio de la cual se crea el Sistema Integral de Prevención y se establecen los principios y criterios correspondientes al ejercicio de la función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación y se dictan otras disposiciones.

mandatos consignados en dicha providencia, ante la declaratoria de los niveles de cumplimiento bajo y medio. Así mismo, deberá ejercer la facultad disciplinaria¹⁵⁰ para investigar y sancionar las conductas que hayan dado origen a dicha declaración, sin perjuicio de las decisiones que continúe profiriendo la Sala Especial mientras se mantenga el trámite de supervisión.

4. ALCANCE DE LA ORDEN VIGÉSIMO QUINTA

4.1. En la sentencia T-760 de 2008 este Tribunal identificó fallas de regulación que afectaban el goce efectivo del derecho a la salud de los residentes, así como el flujo de recursos al interior del sistema.

4.2. Una de las problemáticas identificadas puso en evidencia las trabas que se estaban presentando en el procedimiento de recobro cuando dichas solicitudes eran glosadas con la anotación “fallo de tutela” o “principio activo en pos”, dando lugar a la orden vigésimo quinta enmarcada dentro de las órdenes económicas, cuya finalidad converge en buscar la sostenibilidad financiera del sistema de salud.

Esta estabilidad se logra, principalmente, alcanzando el suficiente flujo de recursos al interior del SGSSS, el cual se ha visto obstaculizado por la imposición de glosas sin fundamento a las solicitudes de recobros que se originan tras la prestación de un servicio o tecnología no POS por las EPS, retrasando la recuperación de los dineros prestados y obstruyendo el correcto flujo de dinero.

Al respecto, vale recordar que el derecho fundamental a la salud comporta varios principios entre los cuales cabe resaltar el de *sostenibilidad*, según el cual “*el Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal*”.¹⁵¹

En este sentido, se evidenció que las glosas en mención atentaban contra dicho principio por lo que se ordenó retirarlas para mejorar el flujo de recursos y así propender por la sostenibilidad financiera al interior del sistema de salud.

Con la glosa “fallo de tutela” se negaba la solicitud de recobro bajo el argumento de presentarse una o varias de las siguientes circunstancias: i) no evidenciarse constancia de ejecutoria; ii) no acreditar copia auténtica del fallo o que tuviera enmendaduras; y iii) no existir autorización expresa de recobro ante el Fosyga en la parte resolutive de la sentencia.

Por su parte, la glosa conocida como “principio activo en POS” se presentaba cuando el médico tratante prescribía un medicamento de marca no incluido en

¹⁵⁰ En virtud del artículo 277.6 Superior, corresponde al Procurador General de la Nación ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

¹⁵¹ Sentencia C-313 de 2014.

el POS pero cuya denominación común o principio activo si lo estaba, situación que impedía a estas últimas obtener el reembolso de la diferencia del valor entre el medicamento POS y el de marca efectivamente suministrado al paciente.

A continuación, la Sala expondrá con mayor profundidad el análisis constitucional efectuado en la Sentencia T -760 de 2008 sobre cada una de las glosas mencionadas.

4.3. *Glosa “fallo de tutela”*. Advirtió la existencia de obstáculos para obtener el reconocimiento de las solicitudes de recobro surgidos por la exigencia de allegar la constancia de ejecutoria del fallo de tutela en el que se ordenaban servicios no POS, debido a que algunos jueces de instancia no la expedían hasta tanto la Corte Constitucional decidiera sobre la eventual revisión. Sin dicho certificado el administrador del Fosyga no recibía ni tramitaba la solicitud, lo que se convertía en un obstáculo para que las EPS recuperaran el dinero gastado afectando el flujo de recursos y estabilidad financiera¹⁵².

Se expuso que la regulación de los recobros ante el Fosyga no imprimía suficiente celeridad a los procedimientos al exigir los requisitos establecidos por las resoluciones 3797 de 2004 y 2933 de 2006. Esta última, por ejemplo, en el literal b) del artículo 11, como requerimiento especial de las solicitudes de recobro originadas en fallos de tutela, consignaba lo siguiente:

"(...) b) Primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria. Para cuentas consecutivas originadas en el mismo fallo, se relacionare el número de radicado de la primera cuenta presentada en la cual se anexó la primera copia del fallo, (...)"¹⁵³

Tal requerimiento fue catalogado como un obstáculo para el recobro en razón a que la remisión a la Corte, su exclusión de revisión y la devolución al juez de instancia constituyen un procedimiento que puede tardar varios meses. Al respecto, dijo la Corte:

“Según la norma constitucional, las decisiones de tutela deben ser cumplidas de manera inmediata, independientemente de su remisión a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión. Por eso las EPS deben prestar los servicios ordenados por el juez sin esperar a que la Corte Constitucional seleccione o excluya el fallo de revisión. Ahora bien, el derecho al reembolso surge de la prestación de un servicio de salud, ordenado por el juez o autorizado por el CTC que no se encuentre en el plan de beneficios financiado en la UPC. Así, si el servicio médico ordenado es prestado inmediatamente al usuario del sistema y la EPS paga por él, es en ese momento en el que surge el derecho a recobrarlo. De lo contrario, se entorpece el flujo oportuno de recursos para financiar el acceso

¹⁵² Cfr. sentencia T-760 de 2008, considerando 6.2.1.1.1.: “... la interpretación de muchos jueces de instancia en el sentido de que la ejecutoria del fallo de tutela sólo se da cuando la Corte Constitucional decide si va o no a revisar el caso, lo cual retrasa el reembolso de las sumas gastadas por las EPS ya que estas deben prestar los servicios médicos en el momento en que son ordenados y la constancia de ejecutoria es uno de los requisitos para presentar la solicitud de recobro”.

¹⁵³ Resolución 2933 de 2006, literal b) del artículo 11.

por parte de los usuarios en desmedro del derecho de todas las personas a gozar de manera efectiva del derecho a la salud.”¹⁵⁴

Esta Corporación concluyó que el principio de celeridad debía tener total preponderancia en el procedimiento de recobro de forma que no se afectara el acceso a los servicios a los usuarios. Por ello, declaró que dichas disposiciones contravenían el inmediato cumplimiento de las órdenes de tutela y se habían convertido en una traba que impedía el flujo oportuno de recursos para financiar las prestaciones requeridas con necesidad¹⁵⁵.

Igualmente reprochó que se exigiera la autorización expresa de recobro en el texto de la sentencia para la procedencia de la solicitud, debido a que el derecho de reembolso de la EPS no surge por la orden del juez o del CTC, sino ante la efectiva prestación de un servicio cuya prestación no estaba obligado a asumir legal ni reglamentariamente, es decir, al no estar incluido en el POS.¹⁵⁶

4.4. *Glosa “principio activo en POS”*. Aunado a lo anterior, este Tribunal encontró que se estaba aplicando una glosa mediante la cual se objetaba el reembolso del valor total de los medicamentos de marca, denominada “*principio activo en POS*”. Sobre el particular consideró:

*“...la determinación de lo que sí está incluido en el plan de beneficios también ha planteado recurrentemente la cuestión de la diferencia entre medicamentos genéricos y medicamentos de marca. Puede darse el caso de que el médico tratante prescriba un medicamento de marca, no incluido dentro del POS, mientras que la denominación común de dicho medicamento sí lo está. Ello conduce a que una glosa frecuente a las solicitudes de reembolso sea ‘Principio activo en POS’ (Resolución 2933 de 2006) lo cual impide que la diferencia de valor entre el medicamento de marca efectivamente suministrado al usuario y el medicamento genérico sea reembolsada a la EPS”.*¹⁵⁷

Si bien para la Corte era claro que la normatividad y la jurisprudencia constitucional favorecían la prescripción de medicamentos en forma genérica, ello no implicaba que estuviera prohibida la formulación de fármacos de marca.

¹⁵⁴ Sentencia T-760 de 2008. Acápito 6.2.1.1.3.

¹⁵⁵ *Ibidem*. Acápito 6.2.1.1.4.: “Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha indicado que ‘la repetición se debe tramitar con base en el principio de celeridad’ y que el flujo de recursos en el sistema de salud se encuentra dirigido a garantizar la protección del derecho a la salud de los usuarios, como se indicó arriba, una interpretación conforme a la Constitución del requisito de la ejecutoria del fallo de tutela, debe dirigirse a constatar que; (i) se hayan agotado todas las instancias, o bien (ii) que si no se agotaron se haya vencido el término para impugnar el fallo de primera instancia. (iii) Es contrario a la Constitución postergar el reconocimiento del derecho al recobro hasta tanto la Corte Constitucional decida sobre la selección del fallo que ya concedió el derecho del tutelante a acceder al servicio de salud. Y lo es mucho más si ello conduce a demorar la autorización y protección del servicio de salud ordenado”.

¹⁵⁶ *Ibidem*, considerando 6.2.1.1.5. “En el mismo sentido, la exigencia de que el fallo de tutela otorgue explícitamente la posibilidad de recobro ante el Fosyga también debe ser interpretada conforme a la Constitución, en cuanto es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios, lo que da lugar al surgimiento del derecho al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, y no la autorización de un juez o del CTC. En relación con este último aspecto, la Corte advierte que en ningún caso el Fosyga está obligado al reembolso de los costos generados por servicios médicos que hagan parte del Plan de Beneficios”.

¹⁵⁷ *Ibidem* considerando 6.2.1.1.5.

De hecho, en el fallo estructural se reiteraron algunos criterios orientadores para que el galeno y el CTC expidieran sus autorizaciones,¹⁵⁸ así:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional por su parte, se ha ocupado primordialmente de lo relacionado con los criterios que deben tener en cuenta los médicos tratantes cuando, excepcionalmente, ordenan un medicamento en su denominación de marca y los criterios que debe tener en cuenta el CTC para autorizar o negar su suministro: (i) la determinación de la calidad, la seguridad, la eficacia y comodidad para el paciente en relación con un medicamento corresponde al médico tratante (y eventualmente al comité técnico científico), con base en su experticio y el conocimiento clínico del paciente. (ii) prevalece la decisión del médico tratante de ordenar un medicamento comercial con base en los criterios señalados (experticio y el conocimiento clínico del paciente), salvo que el Comité Técnico Científico, basado en dictámenes médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere que el medicamento genérico tiene la misma eficacia. (iii) una EPS, en el régimen contributivo o subsidiado, puede reemplazar un medicamento comercial a un paciente con su versión genérica siempre y cuando se conserven los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. La decisión debe fundarse siempre en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente”.

Por lo tanto, la Corte sostuvo que por condiciones de calidad, seguridad, eficacia e idoneidad, excepcionalmente el médico tratante puede recetar medicamentos de marca para el paciente.

Esta Corporación evidenció en la sentencia T-760 de 2008 que existía una dificultad para determinar el monto del reembolso a que tenía derecho la EPS cuando suministraba un medicamento de marca. Ello había sido abordado en una regla que disponía la obligación de cancelar la diferencia entre uno y otro¹⁵⁹. Bajo tal supuesto reconoció una barrera adicional a la que estaban expuestas las entidades promotoras de salud, por lo que determinó las siguientes pautas de acatamiento hasta que el ente ministerial supliera tal laguna:¹⁶⁰

“a) el médico tratante debe prescribir el medicamento bajo la denominación común internacional (genérico), salvo que ya hubiese comprobado que para el usuario es mejor, desde el punto de vista médico, el medicamento de marca;

¹⁵⁸ *Ibidem* considerando 6.2.1.1.7.

¹⁵⁹ *Ibidem*, considerando 6.2.1.1.8.: “Anteriormente, la regulación sí se ocupaba del tema al definir el monto a pagar en los casos en los que se autorizaba por el CTC o se ordenaba por un juez de tutela un medicamento con un homólogo en el POS: ‘a) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo. El valor a reconocer por concepto de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, con homólogo en dicho Acuerdo, será el resultante de restar el valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico Científico u ordenado en el fallo de tutela, según la factura de venta del proveedor, el valor de la cantidad del medicamento homólogo listado en el Acuerdo 228 del CNSSS que en su defecto se suministraría, según el valor certificado en el listado de precios de los proveedores de la entidad.’ (Resolución 3797 de 2004)”.

¹⁶⁰ Segundo párrafo del considerando 6.2.1.1.8. de la sentencia T-760 de 2008.

b) si el médico tratante prescribe un medicamento de marca, debe justificar ante el Comité Técnico Científico su necesidad médica;

c) el Comité Técnico Científico debe analizar desde la perspectiva médica la solicitud y, en caso de autorizar el medicamento de marca, acompañar la solicitud de reembolso con la correspondiente justificación.

A[...], d) de existir dicha justificación no se podrá glosar la solicitud alegando “principio activo en POS” y

e) el monto a rembolsar deberá corresponder a lo que la EPS no está legal y reglamentariamente obligada a asumir.”

En consecuencia, el mandato vigesimoquinto ordenó el levantamiento de la glosa “*principio activo en POS*” y dispuso que en los recobros se debería tener en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y de marca.

4.5. En tal contexto, la Corte consideró que las EPS tienen un derecho al recobro por los costos que no estén obligadas normativamente a asumir, es decir, los que se derivan de servicios y tecnologías no incluidas o expresamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud y que, por ende, no están financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Advertidas las dificultades referidas, esta Corporación evidenció la necesidad de remover las glosas para garantizar el flujo de recursos al interior del sistema.

La orden vigésima quinta se emitió con la finalidad de eliminar obstáculos (levantamiento de dos glosas en particular) en el trámite de verificación, control y pago de solicitudes de recobro garantizando mayor celeridad, de forma que se optimizara el flujo de recursos en el sistema hacia las entidades aseguradoras en lo que concierne la atención no POS, el cual no lograba satisfacerse con el mecanismo de recobro implementado que avalaba, entre otras, las glosas referidas.¹⁶¹

Sin el flujo oportuno de recursos para financiar el goce efectivo del derecho a la salud de la población, no solo se afecta el acceso de los ciudadanos a un servicio de calidad, sino a la estabilidad financiera de las promotoras de salud y su capacidad de programación, ya que ante el grado de imprevisibilidad acerca de la cantidad de recursos disponibles surgen dificultades para proyectar las inversiones, lo que a su vez deriva en una imposibilidad de mejorar la prestación de los servicios.

De esta manera, el acatamiento de la orden *sub examine* supone: i) el levantamiento de las glosas “*fallo de tutela*” y “*principio activo en POS*”, así

¹⁶¹ En efecto, con anterioridad a la sentencia T-760 de 2008, se registraba en enero de 2002 menos de 5000 recobros al Fosyga y para el año 2005 la cantidad se aproximaba a 30000 (Considerando 6.2.3.1. de la sentencia T-760 de 2008.). El mecanismo empleado era ineficiente considerando el alto volumen de solicitudes de recobro y que cada una de ellas se auditaba, aprobaba o rechazaba y pagaba de forma individual, lo cual retrasaba notoriamente el reembolso de las sumas adeudadas.

como (ii) la renovación de la normativa que rige el procedimiento de recobro en relación con dichas objeciones.

Cabe advertir que en ningún caso la Corte hará las veces de un juez de ejecución, por lo que la enunciación de cifras que se realice en la presente providencia tiene una finalidad exclusivamente ilustrativa sobre los resultados e implicaciones derivados del acatamiento de la orden general en la implementación de una política pública. Por consiguiente, no constituyen un reconocimiento judicial de la existencia de deudas o acreencias a favor o en contra del Ministerio, de una EPS o de cualquier otra entidad.

En síntesis, en relación con el recobro por la glosa “*fallo de tutela*” debe verificarse que, (i) se implementaron las medidas para que las solicitudes de recobro pudieran adelantarse a partir del momento en que las sentencias que ordenaron el recobro se encontraran en firme, así como (ii) que la viabilidad del pago dejó de supeditarse a su autorización expresa en la parte resolutive del fallo que dio lugar a la prestación del servicio no POS.¹⁶²

En cuanto al levantamiento de las trabas para rechazar el recobro con fundamento en la glosa “*principio activo en POS*”, revisar que cuando se recobren valores por medicamentos de marca formulados que contaban con una denominación genérica incluida en el catálogo de beneficios, se haya reconocido la diferencia de precios entre uno y otro.

En consecuencia, para determinar el acatamiento de la orden en estudio se verificará el cumplimiento examinando que se haya efectuado la entrega oportuna del informe por el Minsalud y el administrador fiduciario del Fosyga, y la renovación normativa (formal) en relación con la eliminación de las glosas en estudio y el acatamiento material del levantamiento de las mismas.

5. ACATAMIENTO FORMAL DE LA ORDEN VIGÉSIMO QUINTA

5.1. Entrega oportuna del informe requerido al Ministerio de Salud y al Fosyga. Cumplimiento temporal

En primera medida corresponde a la Sala evaluar la observancia del término establecido en el fallo estructural. Puntualmente, la remisión de un informe sobre el cumplimiento de esta orden antes del 15 de noviembre de 2008.

5.1.1. Acorde con el acervo probatorio reseñado en el numeral dos del acápite de antecedentes, el 14 de noviembre de 2008 el entonces Ministerio de la Protección Social mediante informe refirió los procedimientos y las actividades adelantadas para dar cumplimiento a la orden, a saber:

¹⁶² Ninguna de las siguientes circunstancias podía invocarse para glosar el recobro i) no evidenciarse constancia de ejecutoria; ii) no acreditar copia auténtica del fallo o que esta tuviera enmendaduras; y iii) no existir autorización expresa de recobro ante el Fosyga en la parte resolutive de la sentencia que dio lugar a la prestación del servicio.

- i) La eliminación de la exigencia de la constancia de ejecutoria y la copia auténtica del fallo o condena expresa al Fosyga;
- ii) La creación de periodos adicionales de radicación consagrados en las resoluciones 3977 de 2008 y 3754 de 2008;
- iii) La capacitación en torno a las resoluciones 3099, 3754 y 3977 de 2008, así como el alcance de las sentencias C-463 de 2008 y T-760 de 2008;
- iv) El apoyo técnico en el proceso de recobro para las entidades recobrantes;
- v) La aplicación de la malla validadora a partir del 15 de noviembre de 2008;
- vi) La implementación del proceso de inventarios y mesas de trabajo, entre otros; y
- vii) La elaboración de un cronograma para el trámite de recobro de medicamentos no POS y los fallos de tutela, cuya meta se cumplía el 5 de marzo de 2009.

5.1.2. En cuanto al Fosyga, debe anotarse que su participación se constató al interior del documento referido en el numeral 6.1.1, toda vez que al mismo se adjuntó el "*Cronograma para el trámite de recobros de medicamentos NO POS y fallos de tutela MYT-04 'OBJECCIÓN A LA GLOSA' pendientes a septiembre 30 de 2008 Resolución 2933 de 2006*", en el que se observan los términos establecidos para el desarrollo de las actividades relacionadas con la orden.

5.1.3. La Sala concluye que el informe de cumplimiento cuyo envío se ordenó por el mandato bajo estudio no solo se allegó oportunamente, el 14 de noviembre de 2008, es decir, antes del vencimiento del plazo otorgado por la Corte, sino que también planteó puntos relevantes para solucionar el problema estructural de que trata la orden 25.¹⁶³ De igual manera, como se evidencia en el acápite de antecedentes de este proveído, las autoridades referidas presentaron otros informes de progreso.

5.2. Análisis normativo del levantamiento de las glosas

Con miras a que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcionara de manera eficiente y que el Fosyga desembolsara prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro radicadas por las EPS sin imponer las glosas removidas en la orden veinticinco, fueron

¹⁶³ En virtud del principio de la buena fe, La Sala Especial de Seguimiento tendrá por ciertas las afirmaciones emitidas por el Ministerio de Salud y por las demás entidades, siempre y cuando no sean desvirtuadas por terceros. De igual forma hace la salvedad que debido a la cantidad de EPS intervinientes y documentos recibidos, incluso a la falta de claridad de los reportes e inconsistencias en la información, se pudieron generar imprecisiones numéricas en las conclusiones entregadas, sin embargo, se trata de un margen de error mínimo que de ninguna manera afecta las conclusiones de la valoración en relación con el levantamiento de cada glosa y la decisión adoptada en la parte resolutive del presente auto.

expedidos diferentes actos administrativos, los cuales se analizarán a continuación.

5.2.1. *Glosa “fallo de tutela”*. Al respecto, es importante recordar, que la Resolución 2933 de 2006¹⁶⁴ estableció en el literal b) del artículo 11 como requisito especial de las solicitudes de recobro originadas en providencias de tutela, lo siguiente:

“(...) b) Primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria. Para cuentas consecutivas originadas en el mismo fallo, se relacionare el número de radicado de la primera cuenta presentada en la cual se anexó la primera copia del fallo, (...)”

De otro lado, definió en los literales b) y f) como causales de rechazo de las solicitudes de recobro ordenadas en decisiones de esta Corte:

“(...) b) Cuando el fallo de tutela no otorgue posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social (Código 1-02); (...)”

“(...) f) Cuando al recobro no se adjunta copia auténtica del fallo o fallos de tutela (Código 1-06) (...)”

Posteriormente, el Ministerio expidió la Resolución 3099 de 2008¹⁶⁵, a través de la cual derogó la número 2933 de 2006 y reglamentó los requisitos para la presentación de solicitudes de recobro originadas en fallos de tutela, suprimiendo el requerimiento de la constancia de ejecutoria del acto y exigiendo únicamente para el recobro la copia del mismo, lo cual consagró con en el literal b) del artículo 11 así:

“(...) b) Copia del fallo de tutela. Para cuentas consecutivas originadas en el mismo fallo, se relacionará el número de radicado de la primera cuenta presentada en la cual se anexó la copia del fallo, (...)”

Luego, emitió la Resolución 3754 de 2008¹⁶⁶ que a su vez modificó el artículo 15 de la Resolución 3099 de 2008, que originalmente disponía:

“Artículo 15°. Causales de rechazo de las solicitudes de recobro. Las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicio médico o prestación de salud no POS autorizados por Comité Técnico Científico o por fallos de tutela serán rechazadas en forma definitiva, por las causales y códigos que se señalan a continuación:

¹⁶⁴ Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela

¹⁶⁵ *“Por la cual se reglamentan los Comités Técnico - Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico - Científico y por fallos de tutela”*. Resolución emitida el 19 de agosto de 2008.

¹⁶⁶ *“Por la cual se modifica parcialmente la Resolución número 3099 de 2008”*. Expedida por el Ministerio de la Protección Social el 2 de octubre de 2008.

b) Cuando el fallo de tutela no otorgue posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social (Código 1-02)."

Este acto administrativo elimino esa causal y, en su lugar, determinó que el código 1-02 se aplicaría *cuando el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico-Científico, según el caso.* El artículo 4º de la Resolución 3754 de 2008 dispuso:

"Artículo 15. Causales de rechazo de las solicitudes de recobro. Las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicio médico o prestación de salud No POS autorizados por Comité Técnico-Científico o por fallos de tutela serán rechazadas en forma definitiva, por las causales y códigos que se señalan a continuación:

a) Cuando fueren presentadas en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002 y de acuerdo con las fechas establecidas en los artículos 12 y 14 de la presente resolución.(Código 1-01);

b) Cuando el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico-Científico, según el caso (Código 1-02);

c) Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga (Código 1-03);

d) Cuando no se anexe al recobro la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelación (Código 1-04);

e) Cuando al recobro no se adjunta copia del fallo o fallos de tutela (Código 1-05);

f) Cuando al recobro no se aporta el Acta del Comité Técnico-Científico (Código 1-06).

Parágrafo. Las causales previstas en los literales e) y f), no serán aplicables cuando se trate de recobros por prestaciones sucesivas y dichos documentos fueron aportados en la primera solicitud."

De tal forma, la Sala Especial constata la eliminación normativa respecto de la causal "*fallo de tutela*", entre otras, al haberse retirado del ordenamiento jurídico la disposición según la cual "*cuando el fallo de tutela no [otorgara] posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social*" podían rechazar las solicitudes de recobro presentadas ante el Fosyga por concepto de medicamentos o servicios no POS autorizados por el CTC o por tutela.

Así mismo, se incorporó una condición dirigida a verificar que el servicio recobrado es el mismo que se ordenó judicialmente o por el CTC, lo cual contribuye al cumplimiento del mandato vigésimo quinto en el sentido de

garantizar la veracidad y certeza del recobro, al igual que la eliminación de la categoría objetada por la Corte hacia el futuro.

Además, para conjurar la situación de los afectados por recobros que habían sido glosados por ese motivo, estableció un término adicional hasta el 15 de diciembre de 2008 para que las entidades presentaran las solicitudes que no hubieren sido radicadas, cuyos servicios fueron ordenados en sentencias de tutela que no otorgaban posibilidad expresa de recobro ante el Fosyga, sin copia auténtica del fallo y sin constancias de ejecutoria.¹⁶⁷ Con posterioridad se efectuaron ampliaciones del plazo de radicación hasta el 15 de abril de 2009¹⁶⁸, luego hasta el 15 de octubre de 2009¹⁶⁹ y finalmente hasta el 15 de julio de 2010¹⁷⁰.

En este sentido, se garantizó a las entidades promotoras de salud con recobros pendientes a la fecha de expedición de la sentencia T-760 de 2008 que con ocasión de la glosa en cuestión -“*fallo de tutela*”- no habían sido tramitados o se habían visto afectados, contaran con cuatro nuevas oportunidades para presentar las solicitudes y que fueran examinadas bajo una perspectiva más flexible y garantista atendiendo a las instrucciones impartidas por este Tribunal Constitucional.

A partir de lo expuesto, se concluye que el Ministerio de Salud efectuó los cambios necesarios y pertinentes para superar normativamente y, por tanto, formalmente, las dificultades estructurales advertidas en la orden vigésimo quinta en torno a la glosa “*fallo de tutela*”, al eliminar los contenidos normativos que permitían rechazar las solicitudes de recobro cuando el fallo “*de tutela no otorgaba la posibilidad de recobro y cuando no se adjuntaba copia auténtica de la decisión.*”

5.2.2. *Glosa “principio activo en POS”*. Esta glosa ocasionaba el rechazo de la solicitud de recobro presentada por las EPS y que no se efectuara el pago por tratarse de medicamentos de marca comercial cuyo principio activo se encontraba contenido en el plan. Sobre el particular y ante la laguna normativa, la Corte dispuso que debía cancelarse la diferencia entre uno y otro hasta tanto se expidiera la regulación indispensable sobre la materia.

¹⁶⁷ Artículo 3. Adiciónese el artículo 12 de la Resolución 3099 de 2008, con el siguiente párrafo: “Parágrafo. Modificado por la Resolución del Min. Protección 5033 de 2008. Cuando las entidades recobrantes, a la fecha de vigencia de la presente resolución, dispongan de sentencias de tutela que en la parte resolutoria no otorgue posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social, sin la copia auténtica del fallo, sin constancia de ejecutoria y las mismas no se hubieren radicado y se encuentre vencido el término de los seis (6) meses, podrán presentarlas a más tardar el quince (15) de diciembre de 2008, para que se tengan como oportunamente presentadas”.

¹⁶⁸ Resolución 5033 de 2008: “Por la cual se modifica parcialmente la Resolución número 3754 de 2008 y se derogan unas disposiciones”. Expedida por el Ministerio de la Protección Social 11 de diciembre de 2008.

¹⁶⁹ Resolución 1099 de 2009: “Por la cual se modifica el párrafo del artículo 12 de la Resolución 3099 de 2008 adicionado por el artículo 3º de la Resolución 3754 de 2008 y modificado por el artículo 1º de la Resolución 5033 de 2008”. Expedida por el Ministerio de la Protección Social 14 de abril de 2009.

¹⁷⁰ Resolución 3876 de 2009: “Por la cual se modifica el párrafo del artículo 12 de la Resolución 3099 de 2008 adicionado por el artículo 3º de la Resolución 3754 de 2008, modificado por los artículos 1º de la Resolución 5033 de 2008 y único de la Resolución 1099 de 2009”. Expedida por el Ministerio de la Protección Social el 15 de octubre de 2009.

En diversas actualizaciones de los planes de beneficios que han tenido lugar con posterioridad a la expedición de la sentencia T-760 de 2008, fueron adoptadas por el rector de la política pública, normas tendientes a clarificar las inclusiones y, por consiguiente, sus fuentes de financiación.

La Corte había establecido que *“en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca que sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado (6.2.1.)...”*. En relación con este punto el MSPS precisó que en la elaboración del POS y en su actualización han sido establecidos procesos técnicos y metodologías dirigidos a garantizar que la cobertura del PBS atienda las necesidades de los afiliados, teniendo en cuenta su financiación con la UPC, la sostenibilidad financiera del SGSSS y los recursos disponibles.

Luego, en el Acuerdo 08 de 2009¹⁷¹ se estableció que con cargo a la UPC se deben suministrar todos los principios activos de los fármacos contenidos en el POS, independientemente de su forma de comercialización genérica o de marca¹⁷².

El Acuerdo 29 de 2011¹⁷³ mantuvo la norma referida sobre la entrega de cualquiera de las alternativas autorizadas por el Invima para ese principio activo, sin perjuicio de su origen, forma de fabricación o mecanismo de producción. En el caso de los medicamentos de estrecho margen terapéutico señaló que cuando se haya iniciado el tratamiento producto ni el fabricante. También aclaró que las combinaciones de principios activos cubiertos se tendrían por no contenidas en el catálogo como regla general, exceptuando

¹⁷¹ Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

¹⁷² Acuerdo 08 de 2009, artículo 38: *“Medicamentos. Los medicamentos señalados en el Anexo número 1 hacen parte del Plan Obligatorio de Salud y deben ser suministrados por las EPS de ambos regímenes. Su financiamiento estará a cargo de la UPC-C y UPC-S, salvo aquellos que corresponden al listado de medicamentos de los programas especiales cuyo financiamiento está siendo asumido por el MPS. Parágrafo 1°. El POS incluye los principios activos contemplados en el anexo Nro. 1 del presente acuerdo. La prescripción se realizará siempre utilizando la denominación común internacional exclusivamente. Al paciente le será suministrada cualquiera de las alternativas autorizadas por el INVIMA del principio activo, forma farmacéutica y concentración prescritos, independientemente de su forma de comercialización (genérico o de marca). En el caso de los medicamentos de estrecho margen terapéutico, cuyo listado será publicado por el INVIMA, no deberá cambiarse ni el producto ni el fabricante. Si excepcionalmente fuera necesario, el ajuste de dosificación y régimen de administración, deberá hacerse con vigilancia especial”*.

¹⁷³ Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud.

casos específicos consagrados en dicho acto administrativo¹⁷⁴ e introducido algunas aclaraciones no mencionadas¹⁷⁵.

En la misma línea, la Resolución 5521 de 2013¹⁷⁶ reprodujo las disposiciones referidas¹⁷⁷. Sin embargo, incorporó un artículo que indicó con claridad el alcance de la cobertura de los medicamentos POS, a saber:

“Artículo 45. Presentaciones comerciales y equivalencias. La cobertura de los medicamentos del POS es independiente de la forma de comercialización, empaque, envase o presentación comercial del medicamento (jeringa prellenada, cartucho, entre otras) y no debe confundirse con la misma. En cuanto a concentraciones de jarabes, suspensiones y soluciones (orales, inyectables, entre otras), se consideran cubiertas las concentraciones descritas en el listado de medicamentos del POS y todas aquellas que sean equivalentes a la cantidad de principio activo por mínima unidad de medida (principio activo por cada mililitro), con las descritas en el precitado anexo. || En cuanto a formas farmacéuticas que se comercializan como polvos estériles para reconstituir una solución inyectable, se consideran cubiertos tanto el polvo estéril para reconstituir, como las presentaciones comerciales de solución inyectable ya reconstituida, siempre y

¹⁷⁴ Acuerdo 29 de 2011, artículo 29: *“Principios activos y medicamentos. Los principios activos y medicamentos señalados en el Anexo 01 hacen parte del Plan Obligatorio de Salud y deben ser entregados por la Entidad Promotora de Salud. Los medicamentos de los programas especiales están financiados por el Ministerio de Salud y Protección Social. || Parágrafo 1°. El POS incluye los principios activos contemplados en el Anexo 01 del presente acuerdo. La prescripción se realizará siempre utilizando la denominación común internacional exclusivamente. Al paciente le será suministrada cualquiera de las alternativas autorizadas por el Invima del principio activo, forma farmacéutica y concentración prescritos, independientemente de su forma de comercialización (genérico o de marca). (...) Parágrafo 3°. Se consideran no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud las combinaciones de los principios activos que se describen en el Anexo 01, salvo excepciones expresas contenidas en el presente Acuerdo. (...) Parágrafo 5.° Los medicamentos descritos en el Anexo 01 del presente Acuerdo están cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud, cualquiera que sea el origen, la forma de fabricación o el mecanismo de producción del principio activo”.*

¹⁷⁵ Artículo 29: *“Parágrafo 3°. Se consideran no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud las combinaciones de los principios activos que se describen en el Anexo 01, salvo excepciones expresas contenidas en el presente Acuerdo.*

Parágrafo 4°. En los casos en que un principio activo incluido en el listado del Plan Obligatorio de Salud incluya una sal o un éster, el medicamento prescrito deberá mantener el mismo principio activo con la sal o éster descrito en el Plan Obligatorio de Salud.

Parágrafo 5.° Los medicamentos descritos en el Anexo 01 del presente Acuerdo están cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud, cualquiera que sea el origen, la forma de fabricación o el mecanismo de producción del principio activo.

Parágrafo 6°. Los principios activos y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud deben ser empleados estrictamente en las indicaciones consignadas en el registro sanitario expedido por el Invima a la fecha de entrada en vigencia del presente Acuerdo.

Parágrafo 7°. Para efectos de la cobertura de lo señalado en el Anexo 01 del presente Acuerdo, en la forma farmacéutica "Tableta con o sin recubrimiento que no modifique la liberación del fármaco", entiéndase que incluye: tableta, tableta recubierta, tableta con película, tableta cubierta (con película), gragea y comprimido.”

¹⁷⁶ Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS). Expedida el 27 de diciembre de 2013.

¹⁷⁷ Resolución 5521 de 2013: *“ARTÍCULO 42. DENOMINACIÓN. La prescripción se realizará siempre utilizando la Denominación Común Internacional, exclusivamente. Al paciente se le deberá suministrar cualquiera de los medicamentos (de marca o genéricos), autorizados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, que cumplan las condiciones descritas en este acto administrativo. PARÁGRAFO. En el caso de los medicamentos anticonvulsivantes, anticoagulantes orales y otros de estrecho margen terapéutico definidos de forma periódica por el INVIMA, no deberá cambiarse el producto ni el fabricante una vez iniciado el tratamiento. Si excepcionalmente fuere necesario, se realizará el ajuste de dosificación y régimen de administración con el monitoreo clínico y paraclínico necesarios.*

Artículo 44. COMBINACIONES DE PRINCIPIOS ACTIVOS. Únicamente se consideran cubiertas por el POS las combinaciones de principios activos que se encuentren explícitamente descritas en el listado de medicamentos del Anexo 01 que hace parte integral de este acto administrativo y que cumplan con los demás criterios como concentración, forma farmacéutica y uso (si es específico)”.

cuando coincidan con las condiciones descritas en el artículo 41 del presente acto administrativo”.

En síntesis, la cobertura del PBS de un medicamento quedó determinada con las siguientes condiciones: principio activo, concentración y forma farmacéutica. Con esa regla, se consagró que el suministro de principios activos está a cargo del PBS, sin distinción de su empaque, envase, presentación o forma de comercialización. Además, se hicieron precisiones respecto de las equivalencias de concentraciones a fin de determinar su cobertura.

Al respecto, el Ministerio recalcó en informe remitido como respuesta del auto 030 de 2015¹⁷⁸ que el Plan de Beneficios y, por lo tanto, su financiación con la UPC, incluye un listado de medicamentos cuyo principio activo, presentación farmacéutica y concentración han de ser suministrados a quienes lo requieran, sin importar su manera de comercialización (genérica o de marca). Por consiguiente, la diferencia que se identificara no puede ser recobrada al Fosyga ni reconocida por el mismo, dado que se encuentra incluida en la UPC.

Ello fue refrendado en la Resolución 5592 de 2015¹⁷⁹, donde adicionalmente se impartieron algunas directrices para la inclusión de combinaciones de principios activos¹⁸⁰; al igual que en la última normativa expedida, Resolución 1328 de 2016, mediante la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, garantía de suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

¹⁷⁸ AZ Orden XXV- Q, folios 111 – 112 y 113-127. En el auto 030 del 10 de febrero de 2015, esta Sala corrió traslado de los soportes allegados en respuesta al auto 264 de 2014 al Ministerio de Salud y Protección Social y lo requirió para que precisara las razones por las cuales a la fecha no habían sido levantadas y pagadas las glosas “principio activo en POS” y la glosa “fallo de tutela” a algunas EPS; asimismo, le pidió que certificara si en sus archivos o bases de datos existían soportes de radicación sobre 4 aseguradoras adicionales.

¹⁷⁹ Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y se dictan otras disposiciones.

¹⁸⁰ Resolución 5592 de 2015: “**Artículo 40. PRESCRIPCIÓN.** La prescripción se realizará siempre utilizando la Denominación Común Internacional, exclusivamente. Al paciente se le deberá suministrar cualquiera de los medicamentos (de marca o genéricos) autorizados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) que cumplan las condiciones descritas en este acto administrativo. **Parágrafo...** || **Artículo 42. COMBINACIONES DE DOSIS FIJAS (CDF).** Con el ánimo de simplificar los esquemas de medicación y mejorar la adherencia de los pacientes a ciertos tratamientos farmacológicos, el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC considera cubiertos los medicamentos en Combinaciones de Dosis Fijas de la siguiente forma: a) Cuando todos los principios activos que hacen parte del medicamento en CDF se encuentren descritos en el listado de medicamentos cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, manteniendo su misma forma farmacéutica y, b) Cuando el costo del tratamiento con el medicamento combinado sea igual o menor a la sumatoria del costo de cada uno de los medicamentos si se utilizara como monofármaco por separado. Si alguno de los principios activos que hacen parte de la CDF se encuentra en un grupo de cobertura, será el valor máximo de reconocimiento definido para dicho grupo el que se deba aplicar para ese principio activo que compone la combinación. El cumplimiento de estas dos condiciones de forma simultánea es obligatorio para considerar la CDF incluida en este Plan de Beneficios. **PARÁGRAFO.** Será el médico tratante quien en su autonomía profesional evalúe la relación riesgo/beneficio y pertinencia para cada paciente, en hacer uso de estas CDF frente a utilizar los medicamentos con cada principio activo por separado. || **Artículo 43. PRESENTACIONES COMERCIALES Y EQUIVALENCIAS.** La cobertura de los medicamentos del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC es independiente de la forma de comercialización, empaque, envase o presentación comercial del medicamento (jeringa prellenada, cartucho, entre otras) y no debe confundirse con la misma. En cuanto a concentraciones de jarabes, suspensiones y soluciones (orales, parenterales, entre otras), se consideran cubiertas las concentraciones descritas en el Anexo 1 listado de medicamentos de este plan de beneficios y todas aquellas que sean equivalentes a la cantidad de principio activo por mínima unidad de medida (principio activo por cada mililitro), con las descritas en el precitado anexo. **Parágrafo...**”.

Para esta Corporación las regulaciones enlistadas fueron más allá de la simple eliminación de una glosa del ordenamiento jurídico. En efecto, la Corte constata que las acciones adoptadas por el ente ministerial se dirigieron a solucionar directamente la dificultad advertida en la sentencia T-760 de 2008, circunscrita a la inexistencia de un procedimiento que regulara los pagos a que tienen derecho las promotoras de salud cuando suministran un medicamento de marca.

El Ministerio señaló que la UPC costea cualquier forma de comercialización de los principios activos incluidos en el catálogo, incluso los fármacos de marca, sin perjuicio de su modo de producción o empaque como se clarificó expresamente en el acto administrativo de 2013¹⁸¹. En consecuencia, la cartera de salud suplió el vacío regulatorio (formalmente) adoptando acciones de fondo que contrarrestaron el problema evidenciado, al consagrar la Unidad de Pago por Capitación como la fuente de financiación de los medicamentos de marca cuyo principio activo es POS y dejando sin sustento la glosa levantada por este Tribunal.

Bajo tal contexto, la Sala considera que las determinaciones regulatorias adoptadas por el Ministerio de Salud y Protección Social son conducentes para la superación estructural de la falla a partir de la cual surgió la orden vigésimo quinta, puntalmente en lo que concierne a la glosa “*principio activo en POS*”.

Lo anterior, porque se reconoció la diferencia entre uno y otro medicamento en trámite de recobro, como quiera que el Gobierno nacional, aun cuando escogió un camino diferente al esbozado por la Corte para conjurar dicha situación al establecer que la UPC cubriría los medicamentos de marca cuyo principio activo fuera POS, llegó al mismo resultado solucionando de fondo esta problemática. Cabe resaltar cómo el rector de la política pública, por sus propios medios, encontró una solución a una falla estructural que estaba afectando el trámite de algunas solicitudes de recobro.

5.2.3. Además de la normatividad enunciada, se expidieron las resoluciones 4244 de 2015¹⁸², 3951 de 2016¹⁸³, 5884 de 2016¹⁸⁴, 532 de 2017¹⁸⁵ y la Resolución 1885 de 2018¹⁸⁶ que evidencian que las glosas referidas no fueron incluidas como causal de negación de las solicitudes de recobro presentadas por las entidades recobrantes, el cual es el objetivo de la orden impartida.

¹⁸¹ Resolución 5521.

¹⁸² Proferida el 19 de octubre de 2015. A través de la cual se establecen los términos, formatos y requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros y las reclamaciones en virtud de lo dispuesto en el literal c) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015.

¹⁸³ Publicada el 31 de agosto de 2016. Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones.

¹⁸⁴ Expedida el 30 de noviembre de 2016. Por la cual se modifican los artículos 38, 93 y 94 de la Resolución 3951 de 2016.

¹⁸⁵ Emitida el 28 de febrero de 2017. Por la cual se modifica la Resolución 3951 de 2016, modificada por la Resolución 5884 de 2016 y se dictan otras disposiciones.

¹⁸⁶ Proferida el 10 de mayo de 2018. Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.

Adicionalmente, el proceso de verificación y control para pago de las solicitudes de recobro de conformidad con lo expuesto en la Resolución 3951 de 2016 que fue modificada por las resoluciones 5884 de 2016 y 532 de 2017, permite afirmar que las causales “fallo de tutela” y “principio activo en POS” fueron eliminadas, toda vez que tampoco las incluye en sus procedimientos.

En este mismo sentido, el Manual de Auditoría Integral de Recobros por Servicios y Tecnologías en Salud no Cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la UPC¹⁸⁷, da cuenta de las glosas aplicables al establecer que el incumplimiento de los requisitos establecidos para la presentación de las solicitudes de recobros dará como resultado la aplicación de una glosa correspondiente, significando esto que tales causales se relacionan directamente con los requisitos establecidos en la ley para que el recobro sea procedente.

6. ACATAMIENTO MATERIAL

6.1. Delimitación de los parámetros de valoración de cumplimiento del mandato vigésimo quinto

En primer lugar, cabe recordar que al momento de expedirse la sentencia T-760 de 2008 y, por ende, el mandato vigésimo quinto, las glosas que se imponían a las solicitudes de recobro presentadas por las entidades recobrantes afectaban directamente el acceso a la salud de la población, por cuanto dichas entidades asumían los costos de los servicios de salud prestados no incluidos en el POS (desequilibrio financiero), lo que generaba que las empresas promotoras de salud negaran los servicios para evitar los futuros recobros y moras en el reembolso de estos dineros.

Para constatar el acatamiento de dicha orden la Corte acopió suficiente material probatorio en el que tanto las EPS como el Ministerio de Salud informaron sobre las cuentas tramitadas, aprobadas, pagadas, rechazadas y pendientes de cancelar por los motivos referidos.¹⁸⁸

Ahora bien, cabe advertir que estos valores no fueron solicitados para que la Corte declarara la existencia de obligaciones dinerarias a favor de una u otra parte, por cuanto no fue este el alcance que se le otorgó a dicho mandato, sino para ser empleados como un indicador de la gestión desplegada por el Gobierno, por lo que no es el componente que evidenciará el cumplimiento de la orden.

De manera que los pagos de los valores contenidos en las solicitudes de recobro glosados, no constituyen por sí mismos el cumplimiento de esta orden, de forma que las sumas que se enuncien únicamente se hará para efectos de ilustrar la

¹⁸⁷ El último manual fue expedido en junio de 2017.

¹⁸⁸ AZ Orden XXV- L, folios 1-4, auto 065 de 2014 mediante el cual la Sala Especial de Seguimiento requirió a todas las EPS del país a remitir informe actualizado sobre los recobros glosados bajo las causales “*principio activo en POS*” y/o “*fallo de tutela*”. Estos informes se encuentran en las AZ Orden XXV, L – P.

materialización en torno al acatamiento de la orden (optimización del flujo de recursos), por lo que no son un título para el cobro de acreencias económicas.

Para adelantar el análisis material del mandato se estudiará el levantamiento de las glosas en relación con las solicitudes de recobro de las EPS de las cuales la Corte requirió información en los autos 220 y 256 de 2011 y 065, 152 y 264 del 2014.¹⁸⁹

Inicialmente, la Sala Especial de Seguimiento profirió los autos 220 y 256 de 2011 por medio de los cuales pidió información sobre los recobros glosados por tales causales a las EPS. Posteriormente emitió el auto 065 de 2014 por medio del cual requirió información actualizada sobre la problemática que motivó el mandato estructural. En dicho proveído ordenó a todas las entidades del país que suministraran datos precisos referentes a las solicitudes de recobro glosadas por “*fallo de tutela*” y “*principio activo en POS*”, especificando cuántas fueron radicadas, pagadas y no pagadas a la fecha de comunicación de la decisión. Posteriormente, en el auto 152 de 2014 la Sala requirió a las EPS que no dieron respuesta dentro del plazo establecido a las órdenes impartidas en la providencia mencionada, para que allegaran la información.

Con base en los datos recopilados mediante auto 264 de 2014, la Corte pidió a algunas entidades prestadoras de salud que allegaran los soportes de las solicitudes de recobros glosadas por “*fallo de tutela*” y “*principio activo en POS*”, dado que se evidenció que una de las formas más conducentes para verificar el levantamiento de las glosas se relacionaba con el pago de los valores, aun cuando no se trate de la finalidad directa de la orden. Para su estudio, esta Sala clasificó la información en dos subgrupos de EPS:

- i) la que pone en evidencia una gestión satisfactoria (por no habersele glosado a la EPS con alguna de las dos categorías ningún recobro y/o por haber recibido pagos parciales o totales) y
- ii) la que no permite evidenciar una gestión satisfactoria (bien porque el Fosyga a la fecha del reporte de la información no había cancelado ninguna solicitud de recobro a la EPS y le adeudaba sumas por esos conceptos o porque no se les había tramitado).

Los datos analizados se tomaron principalmente de los informes remitidos en respuesta al auto 065 de 2014 y lugar de las providencias restantes, conforme a la respuesta que mayor precisión y claridad suministrara y permitiera evidenciar avances en cuanto al levantamiento de las glosas en estudio.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Autos que se explican del antecedente 15 al 18 de esta providencia.

¹⁹⁰ Debe aclararse que la información recibida con ocasión de los autos 220 y 256 de 2011 no se tuvo en cuenta en su totalidad, toda vez que con posterioridad se solicitó a las EPS que actualizaran los datos remitidos en relación con el trámite de las solicitudes de recobro glosadas con las causales de “*principio activo en POS*” y “*fallo de tutela*”. De este modo, solo los datos allegados por EPS que no actualizaron la información con ocasión de la solicitud elevada en el auto 065 de 2014 se tuvieron en cuenta.

También cabe aclarar que la documentación remitida por las Entidades Promotoras de Salud con ocasión de las solicitudes elevadas en los autos 107 y 315 de 2010 no se tendrá en cuenta en el presente estudio, toda vez que no cumplieron con las exigencias de información requerida, por lo que la Sala tuvo que devolverla.

Las EPS que no enviaron informe en ninguna de las instancias en que les fue solicitado se excluyeron ya que incumplieron con la carga probatoria correspondiente.

Por consiguiente, en los siguientes acápite se abordará en términos cuantitativos la situación de las EPS que reportaron gestiones frente al levantamiento de las glosas, teniendo en cuenta que si bien el pago constituye un ítem positivo para establecer el cumplimiento de la orden en estudio, no es el único que representa avances en relación con el acatamiento del mandato, lo cual se evidencia también con la aprobación de recobros glosados por parte del Fosyga aun cuando el dinero para alguna E.P.S. no se hubiere desembolsado.

Para tal efecto se examinarán las gestiones satisfactorias y no satisfactorias en relación con el levantamiento de las glosas “*fallo de tutela*” y “*principio activo en pos*”.

De este modo, se analizarán los informes de las entidades prestadoras de salud que manifestaron no haberseles glosado bajo alguna de estas dos categorías ningún recobro a 28 de febrero de 2014, lo cual señalaron bajo la codificación *no aplica*¹⁹¹, las que indicaron no tener recobros glosados por estos motivos o recobros pendientes, las que reportaron pagos totales o parciales y las que afirmaron tener recobros pendientes pero sin registrar pago alguno.

En total se recibieron 183 escritos, no obstante, algunos se encuentran repetidos o fueron remitidos por la misma EPS en respuesta a los diferentes autos mediante los cuales esta Sala pidió información, por lo que no se hace alusión a la misma cantidad de EPS que de informes. De igual forma, algunas entidades (12)¹⁹² manifestaron no prestar servicios dentro del sistema de salud, no ser recobrantes ni tener pendientes pagos de dinero por los conceptos en estudio, disminuyendo la cantidad de informes que fueron tenidos en cuenta realmente para obtener una media en relación con el levantamiento de las glosas en estudio.

De otra parte, se excluyó del análisis a las tres entidades que no allegaron información bajo el argumento de encontrarse en proceso de liquidación¹⁹³, pero se tuvieron en cuenta las que a pesar de hallarse en dichas circunstancias remitieron datos pertinentes que permitieron verificar si tenían solicitudes de

¹⁹¹ De conformidad con lo solicitado en el auto 065 de 2014 en su numeral 4.6.

¹⁹² Asistencia Médica AME, Colsanitas, Emermédica, Fuerzas Militares de Colombia Comando General, Medisanitas, Rectoría Unidad Administrativa Especial de Salud, Servicio de Emergencia Regional SAP S.A, Servicio de Salud Universidad Valle, Unicajas comfacundia, Universidad Nacional UNISALUD, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia y Vivir Medicina Prepagada.

¹⁹³ Comfaca, Comfamiliar Camacol y Humana Vivir EPS.

recobros glosadas con estas causales y si las mismas fueron pagadas parcial o totalmente, o por el contrario no recibieron pago alguno con ocasión de dichos motivos.

Así mismo, esta Sala hace la salvedad que debido a la cantidad de entidades y EPS intervinientes y por ende de documentos recibidos con ocasión de las órdenes impartidas en el seguimiento al cumplimiento de la orden en estudio, e incluso debido a la falta de claridad de los reportes e inconsistencias en la información remitida, pueden presentarse imprecisiones numéricas en las conclusiones entregadas, sin embargo, se trata de un margen de error mínimo que de ninguna manera afecta el resultado de la valoración en relación con el levantamiento de cada glosa y con la decisión adoptada en la parte resolutoria del presente auto como se observará a lo largo del mismo.

De esta forma, al estudiar toda la información allegada, esta Sala extrajo de la respuesta más clara, completa y pertinente emitida por la entidad, los datos pertinentes en relación con cada EPS, reduciéndose el análisis a 63 documentos estudiados, uno por cada una de las Entidad Prestadora de Salud que se enuncian a continuación:

EPS incluidas en el estudio efectuado¹⁹⁴					
1	Aliansalud	22	Comfamiliar Cartagena	43	Emssanar ESS
2	Ambuq EPS-S	23	Comfamiliar Huila	44	EPM
3	Anas Wayu EPSI	24	Comfamiliar Nariño	45	Famisalud - Comfanorte
4	Asmet salud	25	Comfanorte	46	Famisanar EPS
5	Asociación Cabildos Indígenas del Cesar y la Guajira	26	Comfaorient	47	Ferrocarriles Nacionales
6	Asociación Indígena Cauca	27	Comfasucre	48	Golden Group
7	Cafaba	28	Comfenalco Antioquia	49	Mallamas EPS-I
8	Cafam ¹⁹⁵	29	Comfenalco Oriente	50	Manexka EPS-I ¹⁹⁶
9	Cafesalud EPS	30	Comfenalco Quindío	51	Mutual Ser EPS-S
10	Cajacopi	31	Comfenalco Santander	52	Pijao Salud EPS-I
11	Cajasan	32	Comfenalco Tolima	53	Redsalud
12	Calisalud	33	Comfenalco Valle	54	Salud Colombia
13	Caprecom ¹⁹⁷	34	Comparta	55	Salud Cóndor ¹⁹⁸
14	Capresoca EPS-S	35	Compensar	56	Salud Total EPS
15	Colpatria Salud	36	Convida EPS	57	Salud Vida
16	Colsubsidio	37	Coomeva	58	Saludcoop
17	Comfaboy	38	Coosalud	59	Sanitas
18	Comfachoco	39	Cruz Blanca EPS	60	Selvasalud EPS-S
19	Comfacor	40	Dusawaki EPSI	61	Solsalud EPS
20	Comfaguajira ¹⁹⁹	41	Ecoopsos	62	SOS
21	Comfama	42	Emdisalud EPS-S	63	Sura EPS

¹⁹⁴ Se excluyeron del estudio: Asistencia Médica AME, Cafam, Caprecom EPS, Colsanitas, Comfaca, Comfamiliar Camacol, Emermédica, Fuerzas Militares de Colombia Comando General, Humana Vivir EPS, Medisanitas, Rectoría Unidad Administrativa Especial de Salud, Servicio de Emergencia Regional SAP S.A., Servicio de Salud Universidad Valle, Unicajas Comfacundia, Universidad Nacional UNISALUD, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia y Vivir medicina Prepagada.

¹⁹⁵ No presentó información clara para ninguna de las dos glosas.

¹⁹⁶ No presentó información clara para ninguna de las dos glosas.

¹⁹⁷ No presentó información clara para la “glosa fallo de tutela”.

¹⁹⁸ No presentó información clara para la “glosa fallo de tutela”.

¹⁹⁹ No presentó información clara para la “glosa fallo de tutela”.

6.2. GESTIÓN SATISFACTORIA

6.2.1. Caso de las EPS que reportaron una gestión satisfactoria respecto del levantamiento de la glosa “principio activo en pos”

Este análisis recayó inicialmente sobre 63 entidades, de las cuales se excluyeron 2 por no contener información clara sobre recobros glosados con la causal de “principio activo en pos”²⁰⁰.

De 61 entidades, una manifestó no tener recobros pendientes glosados bajo esta categoría (*principio activo en POS*), 18 registraron pagos parciales con ocasión del levantamiento de esta glosa, 2 indicaron tener “cero” recobros pendientes por dicha anotación²⁰¹ y 3 expusieron indicaron pagos totales, lo que arroja avances satisfactorios frente a 24 entidades significando el levantamiento de la glosa.

Manifestaron gestión satisfactoria en relación con la glosa principio activo en pos Presentaron pagos parciales o totales o señalaron no tener recobros pendientes²⁰²					
1	Aliansalud (065)	9	Comfenalco Antioquia(152)	17	Golden Group (065)
2	Calisalud (220)	10	Comfenalco Quindío (220)	18	Manexka EPS-I (065)
3	Colpatria Salud (065)	11	Comfenalco Valle (065)	19	Salud Cóndor (065)
4	Colsubsidio (065)	12	Compensar (065)	20	Salud Vida (065)
5	Comfamiliar Cartagena (220)	13	Coomeva (065)	21	Sanitas (264)
6	Comfamiliar Nariño (264)	14	Coosalud (065)	22	Solsalud EPS (065)
7	Comfanorte (256)	15	Famisalud - Comfanorte (065)	23	Capresoca (264) ²⁰³
8	Comfasucre (152)	16	Famisanar (065)	24	Comfachocó (065) ²⁰⁴

Posteriormente se observaron cambios significativos en los reportes entregados por 2 de las EPS enunciadas en el cuadro anterior, con ocasión del auto 264 de 2014²⁰⁵. Tales cambios fueron:

- Capresoca EPS-S, que en respuesta a los anteriores autos había señalado saldos pendientes de gestión y cancelación por parte del Gobierno, manifestó que la totalidad de solicitudes fueron tramitadas y a la fecha no tenía recobros glosados por “*principio activo en POS*”.

²⁰⁰ Cafam y Caprecom EPS.

²⁰¹ Esta Sala resalta que no es igual el evento en que las entidades manifiestan (anotando NO APLICA) no haberseles glosado ninguna solicitud a 28 de febrero de 2014 por estas causales a aquel en que indican que tienen cero recobros por la causal, ya que cero se toma como si hubieran tenido pero al momento de remitir la información ya no, lo cual se califica como gestión satisfactoria.

²⁰² Se indica frente a cada entidad el número del auto que generó la respuesta tenida en cuenta en este análisis. Algunas entidades manifestaron no tener recobros pendientes glosados por estos motivos lo que se tomó como avance significativo, entendiéndose que los hubo pero a la fecha del informe no había, toda vez que la expresión adecuada para indicar que los recobros nunca habían sido glosados por estas causales era *no aplica*.

²⁰³ Indicó tener cero recobros pendientes de pago por esta causal, lo que se interpreta como si los hubiera tenido y dichos pagos se efectuaron.

²⁰⁴ Indicó tener cero recobros pendientes de pago por esta causal, lo que se interpreta como si los hubiera tenido y dichos pagos se efectuaron.

²⁰⁵ Documentos de Capresoca y Comfamiliar Nariño que habían emitido respuesta con ocasión del auto 065 de 2014. Salud Total cuya información se toma del auto 264 únicamente.

- Comfamiliar Nariño manifestó que la glosa “*principio activo en Pos*” fue levantada de las solicitudes de recobro que fueron objetadas por dicha causal y adicionalmente se le cancelaron los valores correspondientes.

Adicionalmente, Salud Total indicó haber recibido pagos parciales de solicitudes de recobros que habían sido negados por esta causal, lo que permite afirmar avances en el levantamiento de la glosa en relación con 25 entidades.

También se revisaron en un grupo a parte aquellas que señalaron no tener glosas por este concepto, bien fuera porque registraron *no aplica* en las casillas de los cuadros diligenciados como se solicitó en el auto 065 de 2014 o porque lo indicaron expresamente en sus informes (18), situación que se enmarcó como positiva por tratarse de entidades a las que no les fueron rechazados recobros por estas causales.

En consecuencia, 43 de 61 entidades reportaron una gestión satisfactoria, lo que representa un 68,25% del total de las entidades estudiadas.

6.2.2. Caso de las entidades que reportaron una gestión satisfactoria respecto del levantamiento de la glosa “*fallo de tutela*”

En este análisis se tuvieron en cuenta 63 entidades, de las cuales 5 se excluyeron por no contener información clara sobre recobros glosados con la causal de “*fallo de tutela*”.²⁰⁶

De 58 entidades²⁰⁷, 1 manifestó no tener recobros pendientes glosados bajo esta categoría (*fallo de tutela*), 29 registraron pagos parciales con ocasión del levantamiento de la glosa, 1 indicó tener “cero” recobros pendientes por dicha anotación²⁰⁸ y 1 indicó pago total, lo que arroja avances satisfactorios frente a 32 entidades por cuanto ello significa el levantamiento de la glosa.

Manifestaron gestión satisfactoria en relación con la glosa fallo de tutela Presentaron pagos parciales o totales o señalaron no tener recobros pendientes ²⁰⁹					
1	Aliansalud (065)	12	Comfenalco Antioquia(152)	23	Famisanar (065)
2	Asmet Salud (065)	13	Comfenalco Quindío (220)	24	Ferrocarriles Nacionales
3	Asociación de Cabildos Indígenas del Cesar y la Guajira (220)	14	Comfenalco Santander (220)	25	Golden Group (065)
4	Café Salud EPS (065)	15	Comfenalco Tolima (065)	26	Salud Total (065)
5	Calisalud (220)	16	Comfenalco Valle (065)	27	Salud Vida (065)
6	Colpatria Salud (065)	17	Compensar (065)	28	Saludcoop (065)
7	Colsubsidio (065)	18	Coomeva (065)	29	Sanitas (264)

²⁰⁶ Cafam y Caprecom EPS, Comfaguajira, Manexka EPS-I y Salud Cóndor.

²⁰⁷ Sacando del estudio las 5 que no entregaron información o la misma no es clara.

²⁰⁸ Esta Sala resalta que no es igual el evento en que las entidades manifiestan (anotando NO APLICA) no habérseles glosado ninguna solicitud a 28 de febrero de 2014 por estas causales a aquel en que indican que tienen cero recobros por la causal, ya que cero se toma como si hubieran tenido pero al momento de remitir la información ya no, lo cual se califica como gestión satisfactoria.

²⁰⁹ Se indica frente a cada entidad el número del auto que generó la respuesta tenida en cuenta en este análisis. Algunas entidades manifestaron no tener recobros pendientes glosados por estos motivos lo que se tomó como avance significativo, entendiéndose que los hubo pero a la fecha del informe no había, toda vez que la expresión adecuada para indicar que los recobros nunca habían sido glosados por estas causales era *no aplica*.

8	Comfamiliar Cartagena (220)	19	Coosalud (065)	30	Solsalud EPS (065)
9	Comfamiliar Huila (152)	20	Cruz Blanca EPS (065)	31	SOS (065)
10	Comfamiliar Nariño (264)	21	Ecoopsos (152)	32	Capresoca (264) ²¹⁰
11	Comfanorte (256)	22	Famisalud - Comfanorte (065)		

Posteriormente, se observaron cambios significativos en los reportes entregados por 2 de las EPS ya contabilizadas en el cuadro anterior, con ocasión del auto 264 de 2014²¹¹. Tales cambios fueron:

- Capresoca EPS-S, que en respuesta a los anteriores autos había señalado saldos pendientes de gestión y cancelación por parte del Gobierno, manifestó que la totalidad de solicitudes fueron tramitadas y a la fecha no tenía recobros glosados por “*fallo de tutela*”.²¹²
- Comfamiliar Nariño, indicó haber recibido pagos por concepto de levantamiento de esta glosa.

También se revisaron en un grupo aparte aquellas que señalaron no tener glosas por este concepto, bien fuera porque registraron *no aplica* en las casillas de los cuadros diligenciados como se solicitó en el auto 065 de 2014 o porque lo indicaron expresamente en sus informes (15), situación que se enmarcó como positiva por tratarse de entidades a las que no les fueron rechazados recobros por estas causales.

En consecuencia, 47 de 58 EPS reflejaron resultados satisfactorios, en este sentido, con ocasión del levantamiento de la glosa, 81,03% de las entidades estudiadas registraron el pago de los recobros inicialmente negados por esta causal, lo que representan más de las mitad de las mismas.

Conclusión en relación con la gestión satisfactoria

La Corte constató que casi el 80% de las entidades presentaron una gestión satisfactoria con ocasión del levantamiento de las dos glosas, dado la cancelación total o parcial de los recobros²¹³ objetados por “*principio activo en pos*” y “*fallo de tutela*” o porque aseguraron que las solicitudes ya habían sido canceladas.²¹⁴ También en virtud de que algunas solicitudes alcanzaron la etapa de trámite de pago o en su defecto nunca tuvieron inconvenientes con las glosas.

En efecto, 43 de 61 entidades que se estudiaron registraron avances positivos en lo atinente a la glosa “*principio activo en Pos*” y respecto a la causal de no pago por “*fallo de tutela*”, 47 de 58 EPS estudiadas reflejaron resultados satisfactorios frente al levantamiento de la glosa.

²¹⁰ Indicó tener cero recobros pendientes de pago por esta causal, lo que se toma como si los hubiera tenido y dichos pagos se efectuaron.

²¹¹ Documentos de Capresoca y Comfamiliar Nariño que habían emitido respuesta con ocasión del auto 065 de 2014. Salud Total cuya información se toma del auto 264 únicamente.

²¹² En el auto 030 de 2015 se consignó que Capresoca y Comfamiliar Nariño recibieron pagos por la totalidad de los recobros pendientes glosados por las causales en estudio.

²¹³ El análisis sobre el pago de los recobros no corresponde a esta orden sino a otras que fueron impartidas en la sentencia T-760 de 2008 en las que se desarrollará dicho tópico.

²¹⁴ Auto 264 de 2014 numeral 5 de los antecedentes.

Ahora bien, debe recordarse que gran porcentaje de solicitudes se encontraban en trámite de pago lo que también pone en evidencia el levantamiento de las glosas, aun cuando no hayan sido pagadas, toda vez que el análisis propuesto en este auto radica, como se expuso, en establecer que las causales de las glosas estudiadas se hayan retirado del ordenamiento jurídico y se haya presentado su levantamiento material.

6.3. GESTIÓN NO SATISFACTORIA

6.3.1. Caso de las EPS que no reportaron una gestión satisfactoria respecto del levantamiento de la glosa “*principio activo en pos*”

Entidades que no reportaron pagos					
1	Ambuq EPS-S (065)	8	Comfamiliar Huila (152)	15	Ferrocarriles nacionales (065)
2	Asmet salud (065)	9	Comfenalco Oriente (256)	16	Mallamas EPS-I (065)
3	Cajacopi (065)	10	Comfenalco Santander (220)	17	Pijao Salud EPS-I (065)
4	Comfaboy (152)	11	Comparta (152)	18	Redsalud (065)
5	Comfacor (065)	12	Ecoopsos (152)		
6	Comfaguajira (152)	13	Emssanar (065)		
7	Comfama (065)	14	EPM (065)		

18 Entidades Prestadoras de Salud de 61 que se tuvieron en cuenta dentro del análisis efectuado en este acápite, no reportaron pagos parciales ni totales frente a las solicitudes de recobro glosadas con la causal “*principio activo en pos*”, por lo que, se tiene que menos de la mitad de las respuestas estudiadas no permiten verificar el levantamientos de la glosa, lo que representa un 29,50% de las entidades estudiadas.

6.3.2. Caso de las EPS que no reportaron una gestión satisfactoria respecto del levantamiento de la glosa “*fallo de tutela*”

Entidades que no reportaron pagos					
1	Cajacopi (065)	5	Comfenalco Oriente (256)	9	Pijao Salud EPS-I (065)
2	Comfachocó (065)	6	Comparta (152)	10	Redsalud (065)
3	Comfama (065)	7	Emssanar (065)	11	Salud Colombia (065)
4	Comfasucre (152)	8	Mallamas EPS-I (065)		

Por su parte, 11 EPS de 58 que se tuvieron en cuenta dentro del análisis efectuado en este acápite, no reportaron pagos parciales ni totales frente a las solicitudes de recobro glosadas con la causal “*fallo de tutela*”, por lo que, se tiene que 18,96% de las respuestas estudiadas no permiten afirmar el levantamientos de la glosa.

Se observa que en cuanto a la glosa “*principio activo en POS*” menos de la tercera parte de las respuestas de las Entidades Promotoras de Salud analizadas indicaron no haber recibido abonos frente a las solicitudes de recobro pendientes de trámite. Por su parte, en torno a la causal “*fallo de tutela*”, menos

de la cuarta parte de las respuestas estudiadas, no permiten evidenciar con certeza el levantamiento de la glosa.

En esta medida, se tiene que una tercera parte de las respuestas obtenidas, no permiten verificar con certeza el levantamiento de la glosa, lo que se registra en este análisis como una gestión no satisfactoria en relación con el pago de los recobros glosados por estas causales.²¹⁵

Conclusión. Levantamiento material de las glosas en cuestión

Una vez expuesta la información anterior, esta Sala de Seguimiento evidenció que de 63 entidades cuyas respuestas se tuvieron en cuenta para establecer si efectivamente se presentaron avances en relación con el levantamiento de las glosas, únicamente 7²¹⁶ manifestaron no haber recibido ningún reembolso o pago con ocasión del trámite de los recobros que le fueron negados con base en estas glosas, lo que equivale a un 11,11 % del total de las entidades que fueron estudiadas.

En consecuencia, 88,88% de las respuestas remitidas por las Entidades Promotoras de Salud que se analizaron, pone de presente que efectivamente se surtieron pagos con ocasión del levantamiento de las glosas.

6.4. La situación de las EPS que reportaron gestiones pendientes por parte del ente ministerial en el levantamiento de las glosas.

Adicional al estudio anterior, la Sala evidenció que a febrero de 2015 existían entidades que afirmaban tener recobros glosados por las categorías “*principio activo en POS*” y “*fallo de tutela*” a esa fecha, respecto de las cuales se vio obligada a obtener mayores elementos de juicio para poder efectuar este análisis.

Con base en lo anterior, este Tribunal consideró necesario hacer una confrontación rigurosa de los datos obtenidos para lo cual ordenó al Ministerio de Salud presentar un informe respecto de cada una de dichas entidades.

Una vez compiladas las explicaciones entregadas por el Ministerio²¹⁷ en torno a las manifestaciones de las entidades que reportaron solicitudes de recobro glosadas por las causales en estudio pendientes por pagar, en respuesta al auto 030 de 2015²¹⁸, la Sala estableció dos grupos de EPS, a saber: (i) las entidades respecto de las cuales el Ministerio de Salud no se pronunció en respuesta al auto 030 de 2015; y (ii) las entidades en relación con las cuales el Ministerio de Salud sí emitió pronunciamiento con ocasión de dicha providencia.

²¹⁵ Esta conclusión se emite sin perjuicio de que a la fecha de proferirse esta decisión, las EPS que tenían saldos a favor por concepto de solicitudes de recobro glosadas con estas causales ya hayan recibido pagos parciales o totales.

²¹⁶ Resaltadas en negrilla en el cuadro del aparte 6.1.

²¹⁷ AZ Orden XXV-Q, folios 83 a 106.

²¹⁸ AZ Orden XXV-Q, folios 82 A - 82 E.

6.4.1. EPS respecto de las cuales el Ministerio de Salud descorrió el traslado ordenado en el auto 030 de 2015

El ente regulador se refirió a las solicitudes de recobro objetadas pendientes de cancelación con lo cual se reconoce el levantamiento de las glosas estudiadas para las siguientes entidades:

Eps con deudas pendientes glosadas orden 25 Traslado auto 030 de 2015					
1	Aliansalud	8	Comfenalco Tolima	15	Golden Group EPS
2	Asmet Salud	9	Compensar	16	Mallamas EPS
3	Cafesalud EPS	10	Coomeva	17	Redsalud
4	Colpatria Salud	11	Coosalud EPS	18	Saludcoop EPS
5	Colsubsidio	12	Cruz Blanca EPS	19	Salud Total
6	Comfacor	13	EPM	20	Sanitas
7	Comfenalco Antioquia	14	Famisanar EPS	21	Solsalud EPS

Si bien las 21 aseguradoras informaron las cuentas pendientes por concepto de las glosas referidas a la orden en estudio y allegaron los documentos que demostrarían sus afirmaciones, el ente ministerial abordó esas cifras, las desglosó y detalló el trámite impartido a los recobros correspondientes, lo cual además fue soportado mediante 752 oficios remitidos por el Fosyga a las entidades recobrantes.

En esos términos, el Ministerio asumió la carga argumentativa y demostró haber desplegado gestiones para realizar los pagos correspondientes, de forma que la Corte verificó el levantamiento de las glosas “*principio activo en POS*” y “*fallo de tutela*” en lo que atañe a esas entidades, independientemente de que el pago se hubiere efectuado, que como se ha explicado no es el único indicativo de cumplimiento de la orden en estudio.

Adicionalmente, 17 EPS afirmaron haber recibido pagos parciales por concepto de los levantamientos de ambas glosas, como se relaciona a continuación:

Pagos parciales recibidos por EPS con recobros glosados pendientes de cancelar					
Entidad	Principio activo en POS		Fallo de tutela		
	Cantidad	Valor	Cantidad	Valor	
1	Aliansalud	41	\$101.692.416	2.103	\$2.490.822.340
2	Asmet Salud	0	\$0	27	\$17.022.359
3	Cafesalud EPS	0	\$0	3.542	\$2.765.090.572
4	Colpatria Salud	122	\$96.752.389	792	\$1.648.195.644
5	Colsubsidio	42	\$73.369.631	45	\$82.413.862
6	Comfenalco Antioquia	961	\$2.744.262.452	23	\$17.494.609
7	Comfenalco Tolima	0	\$0	133	\$108.415.321
8	Compensar	2.734	\$3.243.914.982	2.289	\$6.541.794.346
9	Coomeva	39.702	\$52.995.940.782	6.236	\$12.451.102.476
10	Coosalud EPS	52	\$789.205.774	386	\$1.615.775.340
11	Cruz Blanca EPS	0	\$0	2.639	\$4.392.079.674
12	Famisanar EPS	6	\$4.877.612	254	\$245.581.980
13	Golden Group EPS	5	\$13.877.627	50	\$16.813.210
14	Saludcoop EPS	0	\$0	11.727	\$12.355.829.385
15	Salud Total	0	\$0	888	\$1.252.519.171
16	Sanitas	30	\$25.822.297	3.591	\$4.220.776.574
17	Solsalud EPS	748	\$1.002.916.382	747	\$815.076.692
TOTAL		44.443	\$61.092.632.344	35.472	\$51.036.803.555

De lo anterior se infiere que respecto de 17 de las entidades que aseguraron continuar con cuentas pendientes por parte del Ministerio de Salud, el regulador realizó las gestiones tendientes a cancelar 79.915 solicitudes de recobro objetadas por las dos categorías, lo que también pone en evidencia el levantamiento de las glosas en cuestión.

Con esto, la Sala Especial de Seguimiento encuentra un elemento de juicio adicional para concluir que se implementaron acciones eficaces que denotan el cumplimiento de la orden vigésimo quinta en punto del levantamiento de las glosas. Así mismo, que se proceda a efectuar pagos totales, parciales o reconocimiento de deudas en relación con estos recobros demuestra la eliminación de las glosas referidas sobre las solicitudes no tramitadas y su posterior gestión.

6.4.2. Entidades respecto de las cuales el Ministerio de Salud no se pronunció en respuesta al auto 030 de 2015

Calisalud, Comfamiliar Huila, Comfamiliar Nariño, Comfasucre, Comparta, Comfenalco Valle, Emssanar ESS y Unicajas Comfacundi allegaron los soportes de las solicitudes de recobro pendientes de pago por concepto de las glosas en cuestión.

Analizado el acervo probatorio se logró establecer que de esas 8 entidades, Comfamiliar Nariño recibió pagos y respecto de 5 más se reconocieron los siguientes pagos parciales en virtud de la eliminación de las glosas en mención:

PAGOS RECIBIDOS POR EPS CON RECOBROS GLOSADOS PENDIENTES DE CANCELAR					
Entidad		Principio activo en POS		Fallo de tutela	
		Cantidad	Valor	Cantidad	Valor
1	Calisalud	0	\$0	1	\$31.839.877
2	Comfamiliar Huila	0	\$0	1	\$273.000
3	Comfasucre	7	\$37.700.501	0	\$0
4	Comfenalco Valle	2.496	\$2.740.040.899	2.013	\$1.625.559.584
5	Unicajas Comfacundi	0	\$0	382	\$260.725.615
TOTAL		2.503	\$2.777.741.400	2.397	\$1.918.398.076

De allí, se infiere que el Ministerio adelantó gestiones tendientes a cancelar las solicitudes glosadas según lo afirmado por dichas instituciones. Sin embargo, surtido el término de traslado conferido el órgano regulador no realizó manifestación alguna respecto de las deudas pendientes con tales entidades. Según lo dispuesto en el auto 030 de 2015, el Ministerio de Salud estaba obligado a asumir la carga probatoria y desvirtuar la persistencia de esas glosas, de forma que evidenciara haber impartido el trámite correspondiente a las solicitudes objetadas acorde con la orden vigésimo quinta del fallo estructural.

Por consiguiente, en lo que atañe a las solicitudes de recobro pendientes de pago referidas por tales Entidades Promotoras de Salud, la Corte no logró evidenciar

las gestiones puntuales para concluir que se presentó el levantamiento de las glosas “*principio activo en POS*” y “*fallo de tutela*”, debido a que únicamente cuenta con el material probatorio remitido por algunas EPS que afirman que subsisten radicaciones insolutas por esos motivos, ante lo cual la cartera de salud guardó silencio.²¹⁹

7. Valoración del nivel de cumplimiento de la orden vigésimo quinta de la sentencia T-760 de 2008

Desde la expedición de la sentencia T-760 de 2008, esta Sala de Seguimiento ha evidenciado que los planes de acción que tienen como prioridad garantizar el goce efectivo de un derecho no pueden derivar únicamente en políticas públicas formales en detrimento del bienestar de los asociados.

La misión del Estado no se reduce únicamente a emitir normas que reconozcan en el papel la titularidad de derechos, sino a desplegar actuaciones dirigidas a la materialización y goce efectivo de los mismos. De manera que no se trata únicamente de una intervención formal sin ejecución que atienda a las verdaderas angustias poblacionales o que se prolongue indefinidamente en el tiempo.

En este sentido, como lo ha expuesto esta Corporación la expedición de preceptos legales o de actos administrativos como se refirió, la ejecución parcial de políticas públicas y la mera demostración de ajustes presupuestales, no constituyen en modo alguno un motivo suficiente o una razón determinante para dar por superada la falla estructural declarada en la sentencia; por lo que se hace necesario que con posterioridad al decreto de dichas normas se desplieguen las actuaciones necesarias para salvaguardar los derechos de las personas.

7.1. Recapitulando las actuaciones más sobresalientes del desarrollo del estudio del cumplimiento de la orden 25, se observa que una vez emitida la sentencia T-760 de 2008 y otorgado el plazo para que el Ministerio de Salud y el Fosyga se pronunciaran y acataran la misma, estos remitieron a tiempo el informe de 14 de noviembre de 2008, con la finalidad de exponer los procedimientos y actividades adelantados para dar cumplimiento a la orden vigésimo quinta.

Como parte del cumplimiento del mandato referido, el entonces Ministerio expidió la Resolución 5033 de 2008 por medio de la cual modificó la número 3754 de la misma anualidad, y se concedió plazo a las EPS para presentar ante el Fosyga los recobros autorizados por tutela que no otorgaban posibilidad expresa para ello, y los que no habían sido radicados en la fecha estipulada. Además, se emitió la Resolución 1099 de 2009 con la finalidad de que las entidades a las que no se les otorgó la posibilidad de recobro en el fallo emitido

²¹⁹ Por último, se aclara que no se abordó la EPS Salud Cóndor en razón a que la información remitida en virtud del auto 065 de 2014, era confusa y, en términos generales, no permitía establecer el estado de pago de los recobros glosados por las causales referidas. Por ello, este Tribunal procedió a requerirla en el auto 264 de 2014 para que presentara los datos específicos, sin embargo, no obtuvo respuesta. Resolución 040 (26 de diciembre de 2016) declaró “terminada la existencia legal de la entidad promotora de salud del régimen subsidiado salud Cóndor EPS-S en liquidación”.

podieran allegar la solicitud dentro del plazo concedido. Así mismo, en escrito del 24 de agosto de 2009 el ente ministerial afirmó que ya no estaba exigiendo que el fallo autorizara el recobro y tampoco la constancia de ejecutoria, únicamente copia del mismo.

Posteriormente, a través de auto 065 del 21 de marzo de 2014, esta Sala de Seguimiento pidió actualizar la información recibida sobre la problemática que motivó el mandato estructural. A las EPS que no allegaron información las requirió a través de auto 152 del 28 de mayo de 2014 y por medio del auto 264 del 22 de agosto de 2014 solicitó soportes a las que contestaron que sí presentaban deudas pendientes por los conceptos referidos.

En el auto 030 del 10 de febrero de 2015 esta Sala corrió traslado de los soportes allegados en respuesta al auto 264 de 2014 al Ministerio de Salud y Protección Social y lo requirió para que precisara las razones por las cuales a la fecha no habían sido levantadas y pagadas las glosas “*principio activo en POS*” y la glosa “*fallo de tutela*” a algunas EPS, el cual mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2015 enlistó las actuaciones mediante las cuales se levantaron las glosas en comento y los avances en el cumplimiento de la orden.

En escrito del 15 de mayo de 2015, el Ministerio de Salud, en respuesta al oficio de 9 de marzo remitido por esta Sala, allegó a esta última un total de 240 imágenes en medio magnético como parte de los soportes requeridos. Adicionalmente, envió en medio digital las imágenes de las respuestas remitidas a las EPS sobre el resultado y trámite de las solicitudes de “*objeción a la Auditoría realizada e información de pago*”, en relación con los paquetes correspondientes. En julio del mismo año allegó 357 imágenes en soporte digital, para complementar sus informes y el 9 de octubre de 2015, entregó 100 imágenes más, como respuesta a los soportes solicitados mediante auto 030 de 2015.

A partir del año 2016, esta Sala de Seguimiento seleccionó, clasificó e inició el análisis y verificación de la información recibida, referente a los recobros no tramitados a la fecha de expedición de la sentencia T-760 de 2008 por contener las glosas mencionadas. Esta Sala no encontró necesario actualizar los datos compilados teniendo en cuenta la vigencia temporal de la orden y que la información fue requerida en más de 3 ocasiones por lo que inició el estudio de la información con los datos recogidos.

7.2. Acorde con la metodología de las matrices de evaluación fijadas en el auto 411 de 2015²²⁰ y los hechos expuestos, la Sala entró a verificar (i) la adopción de medidas por parte del Ministerio (ii) la conducencia y (iii) los resultados y avances obtenidos. Inicialmente, se encontró que el Ministerio de Salud expidió la normatividad correspondiente para corregir la falla estructural que dio lugar al mandato en estudio como se planteó en el acápite de antecedentes de esta providencia. Para el efecto, se revisaron las normas proferidas con ocasión de la orden vigésimo quinta y se concluyó que configuraron **medidas idóneas**,

²²⁰ Cfr. Auto 411 de 2015, supra considerando 3.3.

toda vez que se eliminó explícitamente la glosa “*fallo de tutela*” y también se incluyó la autorización de pago de la diferencia entre medicamentos de marca y genéricos incluidos en el POS cuando los primeros fueren recobrados, lo cual implica la erradicación de la glosa “*principio activo en POS*” y se observa que en las normas expedidas posteriormente los motivos de glosa en cuestión no fueron incluidos nuevamente.

7.2.1. En cuanto al primer precepto (glosa “*fallo de tutela*”) los actos administrativos que suplieron dicha falla fueron emitidos a partir del 2008 mismo año en que se profirió la orden. El Ministerio eliminó la exigencia de la constancia de ejecutoria, la copia auténtica del fallo o la condena expresa al Fosyga, para lo cual brindó apoyo técnico en el proceso de recobro para las entidades recobrantes a través de Resolución 3099 de 2008²²¹, referente a las causales de rechazo de las solicitudes de recobro.

En este sentido, el Ministerio expidió la Resolución 3099 de 2008, a través de la cual derogó la número 2933 de 2006 y reglamentó los requisitos para la presentación de dichas solicitudes originadas en fallos de tutela, suprimiendo el requerimiento de la constancia ejecutoria del fallo, y exigiendo únicamente la copia de la providencia de tutela. Con posterioridad, emitió la Resolución 3754 de 2008 modificando el artículo 15 de la Resolución 3099 de 2008²²².

El ente Ministerial ordenó el diseño de un procedimiento para identificar las solicitudes de recobro que en su momento no se hubieran pagado por aplicación de la causal “*no aporta constancia de ejecutoria*”. Creó periodos adicionales de radicación para tramitar los recobros que nunca se presentaron ante el Fosyga por no contar con constancia de ejecutoria y/o falta de condena expresa. Capacitó al Fosyga para que procediera al reconocimiento de las solicitudes de recobro que habían sido rechazadas con fundamento en que la parte resolutive de la decisión no lo condenaba a pagar de manera explícita.

7.2.2. Frente al segundo concepto (eliminación de la glosa “*principio activo en POS*”), si bien se emitieron las normas correspondientes esto ocurrió de forma tardía, 5 años después de proferida la sentencia T-760 de 2008. El Ministerio instruyó al administrador fiduciario de los recursos del Fosyga para que reconociera las solicitudes rechazadas cuyo principio activo se encontraba en el POS. También encontró necesario analizar cada uno de los recobros para poder hacer la comparación entre el medicamento genérico y el de marca.²²³

²²¹ El Ministerio de Protección Social a través de Resolución 3099 de 2008 reglamentó los requisitos para la presentación de solicitudes de recobro originados en fallos de tutela, suprimiendo la presentación de la constancia de ejecutoria del fallo.

²²² “Artículo 15°. Causales de rechazo de las solicitudes de recobro. Las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicio médico o prestación de salud no POS autorizados por Comité Técnico Científico o por fallos de tutela serán rechazadas en forma definitiva, por las causales y códigos que se señalan a continuación: ... b) Cuando el fallo de tutela no otorgue posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social (Código 1-02).” (Negrilla fuera de texto original). Este acto administrativo eliminó dicha causal y, en su lugar, determinó que el código 1-02 se aplicaría “cuando el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico-Científico, según el caso”.

²²³ AZ Orden XXV-A, folio 25. No se especifica la manera en cómo se llevó a cabo dicha capacitación

En consecuencia, se evidencia que el ente ministerial, además de entregar el informe correspondiente dentro del plazo requerido, desplegó acciones **conducentes** para la consecución de la finalidad consignada en la orden vigésimo quinta, como la expedición de actos administrativos que eliminaron textualmente las trabas con las que se negaban las solicitudes de recobros con ocasión de las glosas en estudio y con las capacitaciones impartidas al Fosyga para que procediera al reconocimiento de dichas solicitudes rechazadas con fundamento en tales glosas, y extendió en 4 ocasiones los plazos de radicación de las mismas, entre otras.

7.2.3. Superado ese estadio, el análisis de este Tribunal continuó hacia la determinación de los resultados derivados de tales acciones, verificando si se encuentran acreditados y si permiten evidenciar la superación de la problemática.

Para tal efecto se revisaron los informes de 18 Entidades Prestadoras de Salud cuya información deriva del auto 220 de 2011²²⁴, 2 informes emitidos en respuesta al auto 256 de 2011, 44 entidades prestadoras de salud que dieron respuesta al auto 065 de 2014²²⁵, 12 que contestaron el auto 152 de 2014²²⁶ y 2 que reportaron cambios al remitir los soportes requeridos en el auto 264 de 2014. De esta muestra se retiró una EPS²²⁷ que no entregó los soportes correspondientes, por lo que el examen efectuado versó sobre 63 Entidades Promotoras de Salud.

Los resultados acreditados en el expediente de seguimiento evidencian que sí se implementaron medidas eficaces para mejorar el trámite de los recobros. Como se constató a gran parte de las entidades recobrantes²²⁸ no solo les fueron levantadas y tramitadas efectivamente las solicitudes de recobro glosadas por “*principio activo en POS*” y “*fallo de tutela*”, con base en la orden emitida en el fallo estructural, sino que a 34 EPS dejó de adeudárseles rubros por tales conceptos.

Adicionalmente 21 entidades afirmaron que el Fosyga aún les adeudaba sumas por dichas glosas, respecto de las cuales el ente ministerial se pronunció en esta sede para explicar que se les dio trámite.²²⁹ Por lo tanto, independientemente de si fueron pagadas o no se logró el cometido de la orden *sub examine* referido al levantamiento de tales glosas por cuanto se verificó que se desplegó el trámite de remoción de las mismas.

EPS en relación con las cuales se pronunció el Ministerio de Protección Social TRASLADO AUTO 030 DE 2015					
1	Aliansalud	8	Comfenalco Tolima	15	Golden Group EPS
2	Asmet Salud	9	Compensar	16	Mallamas EPS
3	Cafesalud EPS	10	Coomeva	17	Redsalud
4	Colpatria Salud	11	Coosalud EPS	18	Saludcoop EPS

²²⁴ Cfr. Considerando 4.1.1., *op. cit.* núm. 141.

²²⁵ Cfr. Numeral 14 de antecedentes.

²²⁶ Cfr. Numeral 15 de antecedentes.

²²⁷ Cfr. Considerando 4.2.3.

²²⁸ Más de 55 EPS se vieron beneficiadas con el levantamiento de glosas.

²²⁹ AZ Orden xxv-Q, folios 83-102.

5	Colsubsidio	12	Cruz Blanca EPS	19	Salud Total
6	Comfacor	13	EPM	20	Sanitas
7	Comfenalco Antioquia	14	Famisanar EPS	21	Solsalud EPS

7.2.4. De igual forma, 22 EPS acreditaron haber recibido abonos parciales concernientes a tales conceptos, los cuales ascienden a más de \$116.000 millones y versan sobre 84.000 solicitudes aproximadamente. A juicio de la Corte, ello evidencia las gestiones adelantadas por el organismo regulador para dar cumplimiento al mandato en comento. Si bien esas entidades afirmaron que el Ministerio aún les adeuda montos correspondientes a las glosas, también es cierto que se documentaron las actuaciones administrativas y presupuestales del Gobierno para acatar el objetivo propuesto en la sentencia T-760 de 2008.

7.2.5. Con fundamento en los cambios normativos mencionados, la Corte encuentra que se conjuraron sustancialmente las dificultades que dieron origen al mandato bajo estudio y se presentaron avances satisfactorios al respecto, aun cuando no contaran con la celeridad que requería la atención de la orden.

En cuanto a la evaluación de estos logros la Sala considera que el porcentaje de acatamiento advertido en el anterior considerando conduce a declarar el nivel de cumplimiento general, toda vez que los avances fueron significativos, suficientes, progresivos y sostenibles y lograron superar satisfactoriamente la falla estructural que dio lugar a la expedición de la orden, por cuanto las glosas estudiadas fueron efectivamente levantadas de las solicitudes de recobro que en su momento fueron rechazadas por esos motivos y adicionalmente eliminadas de forma definitiva del ordenamiento jurídico, toda vez que se evidenció que no volvieron a rechazarse recobros con ocasión de dichas glosas, y los que habían sido negados por estas causales fueron tramitados.

Ahora, teniendo en cuenta que la declaración de este nivel de cumplimiento deriva en el cese del seguimiento por parte de esta Corporación, con ocasión de que se ha conseguido el resultado pretendido al interior de la orden analizada, se suspenderán las labores de acompañamiento en relación con este mandato.

En ese orden de ideas, al contar con avances significativos y sostenibles a partir de los cuales es evidente la superación de la problemática identificada en la sentencia T-760 de 2008, la Corte declarará el **NIVEL DE CUMPLIMIENTO GENERAL** de la orden vigésimo quinta.

7.2.6. En este sentido al observar que la eliminación efectiva de las dos glosas que obstaculizaban el procedimiento de recobro, hace innecesario que se mantenga la intervención excepcional del juez constitucional, la Sala Especial considera viable **CESAR EL SEGUIMIENTO** del mandato *sub examine* por parte de la Corte Constitucional, bajo los parámetros de cumplimiento que se han establecido paulatinamente a partir del auto 411 de 2015 y remitir el asunto a la Superintendencia Nacional de Salud para que en desarrollo de sus competencias, despliegue las actuaciones que considere necesarias para concluir el proceso de seguimiento y remita informe dentro de los 3 meses siguientes a la notificación de este auto, a la Procuraduría General de la Nación.

7.2.7. De igual forma se le recordará a la Procuraduría General de la Nación que el nivel de cumplimiento declarado en la presente providencia no la exime de desplegar las actuaciones de cumplimiento, investigación u otras que considere pertinentes en desarrollo de sus competencias, para verificar si a la fecha existen solicitudes de recobro pendientes de tramitar aun cuando fueron presentadas dentro de los plazos otorgados para ello y eliminadas las glosas “principio activo en POS” y “fallo de tutela” con ocasión de las cuales fueron negadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Seguimiento

III. RESUELVE:

Primero: Declarar el **NIVEL DE CUMPLIMIENTO GENERAL** de la orden vigésimo quinta de la sentencia T-760 de 2008, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: CESAR el seguimiento de la orden vigésimo quinta de la sentencia T-760 de 2008 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión y remitir a el asunto a la Superintendencia Nacional de Salud para que en desarrollo de sus atribuciones constitucionales y legales despliegue las actuaciones para concluir el proceso de seguimiento y remita informe dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de este auto, a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Tercero. – Proceda la Secretaría General de esta Corporación a librar las comunicaciones correspondientes, remitiendo copia integral de este proveído.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado Sustanciador

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General