

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Especial de Seguimiento

AUTO 080 de 2014

Referencia: Seguimiento a la orden vigésima séptima de la Sentencia T-760 de 2008.

Asunto: Solicitud de desacato del Auto 263 de 2012, presentada por el ciudadano William Arturo Vizcaíno Tovar.

Magistrado Sustanciador:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., primero (1º) de abril de dos mil catorce (2014).

El suscrito Magistrado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, dicta el presente auto, con base en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Auto 263 del 16 de noviembre de 2012, la Sala Especial declaró el “*incumplimiento general*” de la orden vigésima séptima¹ de la Sentencia T-760 de 2008 y, como consecuencia ordenó el rediseño del sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro en el término de tres (3) meses, con base en los parámetros determinados en la parte motiva de esa providencia².

2. En respuesta al citado proveído, se han recibido doce informes³ por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales reseñó los avances en la configuración del procedimiento de recobro.

3. Además, la Sala conoce sobre la expedición de tres resoluciones, 458 del 22 de febrero⁴, 5073 del 28 de noviembre⁵ y 5395 del 24 de diciembre de 2013⁶.

¹ En este mandato, la Corte ordenó modificar el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro, con la finalidad que funcionara eficientemente y se realizaran los pagos correspondientes. Al tiempo que dispuso, que en caso de no funcionar tal medida, debería rediseñarse bajo cuatro criterios determinados en la misma sentencia.

² Cfr. Ordinal tercero Auto 263 de 2012.

³ Recibidos entre enero de 2013 y 2014. Obran en AZ Orden XXVII-G a AZ Orden XXVII-I.

⁴ “Por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el Fosyga y se dictan otras disposiciones”.

4. Recientemente, la Sala requirió al ente ministerial información adicional sobre los resultados en la implementación del nuevo sistema de recobros, mediante el Auto 075 de 2014.

5. El 6 de febrero de 2014, el señor William Arturo Vizcaíno Tovar solicitó la declaratoria de desacato del Auto 263 de 2013⁷, por considerar que el Ministerio de Salud y Protección Social incumplió lo dispuesto en sus considerandos 3.9.2.⁸ y 3.9.3.⁹, al haber expedido la Resolución 5395 de 2013.

5.1. Para el ciudadano no existe ninguna justificación para que luego de haberse eliminado la obligación de presentar la factura de venta con constancia de cancelación, como requisito de la solicitud de recobro¹⁰, se haya revivido dicho deber con lo establecido en el numeral 6 del artículo 16 de la Resolución 5395 de 2013¹¹.

5.2. Afirmó que mientras en el considerando 3.9.2., se dispuso que la regulación unificada en materia de recobros debía “v. *Comprender mecanismos para prevenir que los recursos de la UPC sean destinados a cubrir gastos no POS*”, con la nueva regulación no se consigue esa finalidad.

5.3. En este punto, resaltó que las veinte (20) EPS del régimen contributivo presentan una situación económica crítica, en razón a que “*las cuentas por cobrar al Fosyga ascienden a \$2.6 billones de pesos, suma 5 veces superior al patrimonio conjunto de tales entidades...*”, como lo evidencian sus estados financieros.

5.4. Por lo anterior, señaló que con la imposición de requisitos como la presentación de la factura con la constancia de pago, que si bien tiene una excepción¹², que a la fecha no ha sido implementada, se incumple el parámetro fijado en el auto de seguimiento. Lo cual genera que las entidades

⁵ “Por medio de la cual se unifica el procedimiento de recobro por concepto de tecnologías en salud no incluidas en el plan de beneficios, suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud, a cargo del respectivo ente territorial y se dictan otras disposiciones”.

⁶ “Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones”. Esta disposición derogó en su totalidad la Resolución 3099 de 2008 y la Resolución 458 de 2013.

⁷ Reiterada mediante escrito del 28 de marzo de 2014.

⁸ Cfr. Auto 263 de 2012, consideración jurídica 3.9., en la cual se encuentra dicho numeral que corresponde al segundo grupo de parámetros de obligatoria observancia en el rediseño del sistema de recobros, denominado “*En relación con la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud*”.

⁹ *Ibidem*, corresponde al tercer grupo de parámetros de obligatoria observancia en el rediseño del sistema de recobros, denominado “*En relación con la definición de un procedimiento claro, preciso y ágil en la verificación, control y pago de las solicitudes de recobros*”.

¹⁰ Este requisito impuesto por el literal c) del artículo 10 de la Resolución 3099 de 2008 fue derogado por la Resolución 458 de 2013.

¹¹ Según este precepto, es requisito específico de la factura de venta: “6. *Constancia de pago, salvo cundo (sic) al momento de radicación de la solicitud, el proveedor de tecnologías en salud NO POS se encuentre incluido dentro del listado de proveedores que resulte de la aplicación de la metodología que para el efecto defina la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, el cual será publicado por el administrador fiduciario en la página web del Fosyga de manera semestral...*”.

¹² La excepción consiste en que no debe presentarse la constancia de pago cuando al momento de radicación de la solicitud, el proveedor de tecnologías en salud NO POS esté incluido dentro del listado de proveedores que resulte de la aplicación de la metodología que para el efecto defina la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social.

aseguradoras no pueden acceder a los valores recobrados, debiendo acudir a los dineros destinados a la Unidad de Pago por Capitación –UPC– para costear rubros No POS, lo que ampara la imposición de barreras en el acceso a los servicios de salud e intensifica la mala atención en el sistema.

5.5. Respecto de lo establecido en la consideración jurídica 3.9.3., aseveró que debía tenerse como incumplido el apartado “*viii. Eliminar los requisitos inocuos y la posibilidad de imponer glosas inconsistentes o infundadas*”, como quiera que en la Resolución 5395 de 2013, el regulador se fundó en el Decreto ley 019 de 2012 que en lo correspondiente a recobros fue reglamentado a través del Decreto 1865 de 2012, “*estableciendo los requisitos para la operación del mecanismo de saneamiento de recobros, que aplica cuando ocurren divergencias recurrentes*”. Pese a que esa norma fue declarada nula parcialmente por el Consejo de Estado¹³ (art. 3, núm. 2, sobre la renuncia de intereses), que a su vez reiteró la persistencia de requerimientos innecesarios que afectan el proceso de recobros.

5.6. Finalmente, adujo que no se había acatado el numeral “*i. Evaluar la posibilidad de unificar el sistema de recobro, el pagador y los instrumentos de recobro para régimen contributivo y subsidiado, con base en estudios y argumentos suficientemente sólidos, teniendo en cuenta que desde la entrada en vigencia del Acuerdo 032 de 2012 el catálogo de beneficios para ambos regímenes se encuentra unificado*”¹⁴, puesto que hasta el momento solo se ha cumplido la unificación normativa en lo que tiene que ver con el régimen contributivo, pero no se ha rediseñado lo pertinente al régimen subsidiado, a tal punto que cada entidad territorial implementa su propio procedimiento.

6. El 17 de marzo de la presente anualidad, el Ministerio de Salud y Protección Social remitió copia de la respuesta dada al peticionario en relación con la solicitud de desacato de la referencia.

6.1. Puntualmente, en relación con el presunto incumplimiento del numeral 3.9.2 (v) del Auto 263, indicó que la gestión de aseguramiento abarca la obligación de garantizar la prestación del servicio a los afiliados y corresponde a las EPS realizar todas las acciones necesarias para asegurar el acceso a las tecnologías correspondientes.

6.1.1. Sostuvo que a través del proceso de compensación y el reconocimiento de pago de recobros, ha conservado el flujo oportuno de recursos, girando a las EPS más de 350 mil millones de pesos por concepto de las solicitudes radicadas entre noviembre de 2012 y noviembre de 2013, y específicamente a Saludcoop, 2.748.638 millones de enero de 2013 a enero de 2014.

6.1.2. Además, reseñó las actividades que ha llevado a cabo para obtener la solvencia del sistema.

¹³ Consejo de Estado, Sentencia del 21 de noviembre de 2013 – Rad: 11001-0324-000-2012-00350-00, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

¹⁴ Consideración jurídica 3.9.3. Auto 263 de 2012.

6.2. Respecto del numeral 3.9.3 (viii), aseveró que los recobros glosados por las tecnologías era POS, tenían de trámite específico contenido en la Resolución 4251 de 2012, antes de la expedición del Decreto ley 019 de 2012. Con posterioridad, se profirió la Resolución 3877 de 2013, que estableció que dichas solicitudes pueden seguir el procedimiento de divergencias recurrentes, siempre y cuando hayan acaecido después de la entrada en vigencia del decreto en mención.

6.2.1. Informó que se reguló el procedimiento que debían surtir dichas solicitudes para así garantizar la efectividad del trámite de divergencias en los casos expuestos. Señaló que en la Resolución 5395 de 2013, se creó un comité interdisciplinario, asesor del ente ministerial, que fija los criterios y lineamientos técnicos para el reconocimiento de las tecnologías No POS.

6.3. En torno al considerando 3.9.3. (i) resaltó la expedición de la Resolución 5073 de 2013 mediante la cual se unificó el procedimiento de recobro para el régimen subsidiado.

6.4. En esos términos, coligió que se desvirtuaban las apreciaciones hechas por el señor Vizcaíno, no sólo la referida a la inclusión nuevamente del requisito de pago previo de la factura, sino también sobre la inexistencia de la base de datos contentiva de las instituciones prestadoras de servicios y a las que es aplicable la excepción del requerimiento de la constancia de pago.

II. CONSIDERACIONES

1. Tramite incidental de desacato en el marco del seguimiento al cumplimiento de un fallo estructural

1.1. La función que tiene a cargo la Sala Especial de Seguimiento es la de velar por el cumplimiento de los mandatos contenidos en la Sentencia T-760 de 2008. El ejercicio de esta atribución jurisdiccional se enmarca en un trámite constitucional que tiene unas particularidades que permiten diferenciarlo, en cuanto a su finalidad, de un típico proceso contencioso en el que se busca dirimir un litigio entre dos partes.

1.2. De ahí que la labor de supervisión, asumida por la Corte Constitucional, revista algunas características “*sui generis*” y tenga su fundamento en la obligación internacional de “*garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*”¹⁵

1.3. Como lo ha establecido esta Corporación¹⁶, la supervisión del acatamiento de un fallo estructural como la Sentencia T-760 de 2008 es una actuación que impone mayores responsabilidades al juez constitucional,

¹⁵ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 25 numeral 2 literal c).

¹⁶ Cfr. Auto de 5 de junio de 2013 mediante el cual se resolvió la solicitud de revisión al Auto 262 de 2012.

teniendo en cuenta que, en últimas, lo que está en juego no solo es el máximo respeto que toda autoridad debe prodigar a los mandatos judiciales, sino “*la eficacia y la vigencia material y real de nuestra Carta Política*” – pilares del Estado social de derecho –, lo cual tiene como correlativo el deber genérico de cumplimiento que asiste a todo destinatario de una orden emitida por un juez de la República y el específico, en materia de acción de tutela.

1.4. En este contexto, bien puede ocurrir que la Corte constate que en el expediente de seguimiento hay prueba sumaria para concluir que existe la intención (*responsabilidad subjetiva*) de los encargados de cumplir las órdenes generales de no acatarlas u obstaculizar su implementación, por acción u omisión, caso en el cual deberá aplicarse el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo previsto en el artículo 9 del Decreto reglamentario 306 de 1992, que reglan el trámite del incidente de desacato en materia de acción de tutela.

1.5. Sobre este particular tiene establecido la Corte que el desacato es un “*ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento*”¹⁷.

1.6. Por consiguiente, nada obsta para que en sede de supervisión pueda abrirse un incidente de desacato contra un servidor público obligado por uno de los mandatos estructurales¹⁸.

2. Solicitud de inicio del trámite incidental de desacato por la presunta inobservancia de la orden vigésima séptima de la Sentencia T-760 de 2008

2.1. Como se reseñó en el acápite de antecedentes, la orden vigésimo séptima del fallo estructural, que refiere a las modificaciones del sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro, fue declarada incumplida de forma general en Auto 263 de 2012, por lo que se ordenó rediseñar dicho procedimiento atendiendo los estrictos parámetros contenidos en esa providencia.

2.2. En respuesta a tal decisión, se han recibido doce informes de cumplimiento del ente regulador e, igualmente, se tiene la expedición de las

¹⁷ Cfr. Sentencia T-763 de 1998, reiterada en T-025 de 2007.

¹⁸ Por ejemplo, sobre la viabilidad de iniciar un desacato la Sala Novena de Revisión profirió el Auto 320 de 2013, en desarrollo del seguimiento a las órdenes de protección constitucional tomadas para atender la problemática generada por la falta de atención oportuna a las reclamaciones pensionales presentadas ante el Instituto de los Seguros Sociales y que debe resolver Colpensiones. En dicha providencia señaló: “(...) *no están dadas las condiciones para iniciar oficiosamente trámite incidental de desacato en contra de Mauricio Olivera González en su calidad de presidente de Colpensiones y destinatario actual de las órdenes tomadas en los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive del Auto 110 de 2013, pues si bien el Tribunal reprocha el incumplimiento parcial de las obligaciones contenidas en la mencionada providencia, descarta por el momento la configuración del elemento subjetivo necesario para eventualmente imponer una sanción por desacato*”.

resoluciones 458, 5073 y 5395 de 2013. Aunado a la respuesta allegada el 17 de marzo de 2014, con la cual el Ministerio pretende satisfacer las objeciones del peticionario y acreditar que no existe el incumplimiento denunciado.

2.3. En este contexto, es necesario advertir que esta Corporación está a la espera de los informes requeridos¹⁹ al Ministerio de Salud y Protección Social acerca de los resultados en la implementación del nuevo procedimiento. Con esta información se efectuará el balance del acatamiento de las órdenes impartidas tanto en la sentencia objeto de supervisión, como en el Auto 263 de 2012.

2.4. Así las cosas, en principio, resulta improcedente iniciar el trámite de desacato promovido por el ciudadano William Arturo Vizcaíno Tovar, en razón a que la Corte se encuentra analizando la información hasta ahora remitida por el Ministerio y a la espera de otra que fue requerida.

2.5. En ese sentido, continúa en proceso de valoración el grado de acatamiento de la orden vigésima séptima, atendiendo a que la naturaleza de los mandatos supervisados es mucho más amplia, lo que hace que sus condiciones de cumplimiento tengan unas pautas substancialmente diferentes y que el papel del juez constitucional se enfoque particularmente en torno a las políticas públicas.

2.6. Además, tampoco obra en el expediente evidencia sobre la responsabilidad subjetiva de algún servidor público de dicho ente gubernamental.

2.7. No obstante, en razón a las afirmaciones efectuadas por el memorialista, transcritas en el antecedente núm. 2. de este proveído, tanto la petición como la respuesta de la cartera de salud serán incorporadas al expediente y tenidas en cuenta al momento de llevar a cabo el balance del cumplimiento del Auto 263 de 2012.

En mérito de lo expuesto,

III. RESUELVE:

Primero.- No iniciar el trámite incidental de desacato solicitado por el ciudadano William Arturo Vizcaíno Tovar, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- Incorporar el escrito de la referencia y la respuesta remitida por el Ministerio de Salud y Protección Social al expediente del Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, orden vigésima séptima.

Tercero.- Proceda la Secretaría General de esta Corporación a comunicar esta decisión al peticionario, acompañando copia de la misma.

¹⁹ *Crf.* Auto 075 de 2014.

Publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General