



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201611400107671**

Fecha: **28-01-2016**

Página 1 de 7

Bogotá D.C.,

URGENTE

ASUNTO: Radicado 201642400035662. Fallos de tutela frente a directrices de Ministerio

Respetada señora:

Damos trámite a su comunicación, a través de la cual solicita se le indique si este Ministerio tiene competencia para desconocer fallos de tutela; si el Protocolo TEA, las notas externas, la Ley Estatutaria de la Salud, entre otros, tienen efectos retroactivos que modifican un fallo decretado dentro de una acción de tutela, en favor de su menor hijo, por cuanto la EPS Coomeva señala que por orden de este Ministerio se desconoce dicho fallo. Ante lo cual nos permitimos manifestar:

1. OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS DE TUTELA

El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991¹, establece que proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora, así mismo, la norma prevé que si no se da cumplimiento al fallo 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.

El artículo 52 ibídem, faculta al Juez para sancionar a quien incumple la orden de restablecer el derecho fundamental, con arresto hasta de seis (6) meses y multa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales, previo trámite incidental².

El artículo 53 del decreto en cita, establece responsabilidades penales a quien incumpla el fallo emitido en acción de tutela.³

¹ *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*

² *ARTICULO 52. DESACATO. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.*

³ *ARTICULO 53. SANCIONES PENALES. El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este Decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.*

También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual haya sido parte.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201611400107671

Fecha: 28-01-2016

Página 2 de 7

En los fallos de tutela, se crean normas judiciales, que deben ser acatadas por quienes son partes dentro de la acción. La Corte Constitucional, hace interpretación con autoridad, que se contiene en la ratio decidendi de la acción de tutela y su aplicación es obligatoria, no solo por las partes, sino por las autoridades administrativas y judiciales.

Así lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia T-569 de 2001:

“(…)

Obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte frente a las autoridades administrativas.

5. La Corte se pronunciará sobre otra situación que surge de los hechos de la demanda, relacionada con el alcance de las sentencias de tutela. La entidad demandada, le indicó al demandante que la jurisprudencia de la Corte fijada en la sentencia T-439 de 2000 no era aplicable al caso, pues las decisiones de tutela únicamente tienen efectos interpartes.

Si bien es cierto que la solución (parte resolutive) de una sentencia de tutela únicamente tiene efectos interpartes, no puede sostenerse lo mismo de la ratio decidendi del fallo. En la medida en que la ratio decidendi constituye una norma, en los términos indicados en el fundamento jurídico 3 de esta decisión, necesariamente adquiere alcance general, pues es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho (C.P. arts. 13 y 29).

La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. ***Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto.*** En la tutela T-566 de 1998, se precisó al respecto:

.....” (Resaltados subrayados fuera del texto original)

En este orden de ideas, puede indicarse, que las autoridades administrativas y judiciales, se encuentran particularmente sometidas al imperio de la Constitución y la Ley; en tal sentido, los fallos producto del ejercicio del mecanismo constitucional de la acción de tutela, **obligan a las partes destinatarias de dichas providencias, a dar cumplimiento a ellas en los términos que haya señalado el fallador.** Así las cosas, la parte obligada al cumplimiento de los fallos judiciales no puede someterlo a su querer o conveniencia, es decir, aún cuando no lo comparta, debe cumplirlo. (art. 27 Decreto 2591 de 1991)

2. NOTAS EXTERNAS DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL

El Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 5395 de 2013, en cumplimiento de las órdenes vigésima cuarta y vigésima séptima dadas por la Corte Constitucional, en la Sentencia T - 760 de 2008 y en el Auto número 263 de 2012, relacionadas con la necesidad de que se adopten las medidas pertinentes que garanticen que el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos para financiar los servicios de salud; que el sistema de verificación, control y pago de



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201611400107671**

Fecha: **28-01-2016**

Página 3 de 7

las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente y que el Fosyga desembolse oportunamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro; adicionalmente, en el marco de lo ordenado por el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012, que lo facultó para establecer lineamientos y procedimientos orientados a la solución de divergencias recurrentes por glosas (cuyas acciones no hayan caducado) y a la Comisión de Regulación en Salud CRES o la entidad que haga sus veces, la expedición del concepto respectivo cuando la glosa se origine en la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas al FOSYGA.

La citada resolución, en el artículo 44 creó el Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud No POS⁴ y en el artículo 46, estableció las funciones del mismo, entre las cuales se encuentran las de emitir el concepto sobre las divergencias recurrentes y definir los lineamientos y criterios técnicos para el reconocimiento de tecnologías en salud NO POS, autorizados por los Comités Técnicos - Científicos (CTC) **u ordenados por fallos de tutela, que se pagan con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)**⁵

El Decreto 1865 de 2012 “*Por el cual se reglamenta el artículo 122 del Decreto-ley 019 de 2012*”, reglamentó el mecanismo de saneamiento de cuentas por recobro cuando se presenten divergencias recurrentes, previó el trámite para la solución de las mismas y en el numeral 3 del artículo 4, estableció que frente las divergencias recurrentes sobre contenidos en el POS, el Ministerio elevará la consulta ante la CRES o quien haga sus veces.

⁴ “ARTÍCULO 44. *CREACIÓN DEL COMITÉ*. Créase el Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud NO POS.”

⁵ “ARTÍCULO 46. FUNCIONES. Las funciones del Comité son las siguientes:

1. Definir los lineamientos y criterios técnicos para el reconocimiento de tecnologías en salud NO POS, autorizados por los Comités Técnicos-Científicos (CTC) u ordenados por fallos de tutela, que se pagan con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).
2. Definir los lineamientos y criterios técnicos sobre el reconocimiento de tecnologías en salud NO POS que deben incluirse en el manual de auditoría de recobros.
3. Definir si la solicitud de divergencia recurrente cumple con los requisitos generales previstos en la normativa vigente, para el inicio de su trámite.
4. Analizar y definir el criterio de auditoría que resuelva la solicitud de divergencia recurrente.
5. Autorizar la radicación de las solicitudes de recobro, cuando la decisión que resuelva la divergencia recurrente sea favorable a las entidades recobrantes. El periodo de radicación será definido por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social.
6. Darse su propio reglamento.”



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201611400107671

Fecha: 28-01-2016

Página 4 de 7

La Comisión Nacional de Regulación en Salud, fue suprimida en virtud del Decreto 2560 de 2012 y las funciones que venía ejerciendo las asumió el Ministerio de Salud y Protección Social.⁶

En ejercicio de estas funciones, el Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud No POS, expresó los conceptos y lineamientos técnicos, que se dieron a conocer a través de la Nota Externa 201433200296523, respecto de exclusiones del POS y prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

La citada nota establece Exclusiones que no pueden ser financiadas con Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011 y en el numeral 1.2., para el reconocimiento y pago de los recobros de fallos de tutelas, establece unas reglas, así:

“... 1.2.1 Los servicios autorizados expresamente en el fallo de tutela que corresponden a exclusiones del POS y que no pertenezcan a servicios que la Ley 1450 de 2011 (art.154) define como prestaciones que no pueden ser financiadas por el SGSSS se reconocerán y pagarán de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente.

1.2.2. Respecto a los servicios derivados de fallos de tutela en los que se ordene el manejo integral del paciente o la provisión de servicios no expresos, que correspondan a exclusiones del POS y que no correspondan a aquellas que, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1450 de 2011 (art.154), no pueden ser financiadas por el SGSSS, se reconocerán y pagarán de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente, siempre y cuando se cumplan los criterios establecidos por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T 160 de 2014. Para el efecto de la presentación del recobro, las entidades recobrantes, además diligenciarán el formato previsto en el numeral 5 del Artículo 15 de la Resolución 5395 de 2012 (Formato de Justificación Médica de Tecnologías en Salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresas o que ordenen tratamiento integral con o sin comparador administrativo)

1.3. El reconocimiento y pago de los recobros derivados de fallos de tutela y de CTC, procederá, siempre y cuando, además de cumplir con lo señalado en esta Nota Externa, cumplan con los documentos, requisitos y criterios previstos en la normativa vigente y aplicable al proceso de recobros.”

3. LEY ESTATUTARIA DE SALUD

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015⁷, se elevó el derecho a la salud a rango de fundamental y autónomo, estableciendo obligaciones a cargo del Estado relativos a su deber de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud para todos sus afiliados, los elementos y principios esenciales de tal derecho, los derechos y deberes de las personas, entre otros aspectos.

⁶ “Por el cual se suprime la Comisión de Regulación en Salud (CRES), se ordena su liquidación y se trasladan unas funciones al Ministerio de Salud y Protección Social y se dictan otras disposiciones.”

⁷ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201611400107671**

Fecha: **28-01-2016**

Página 5 de 7

4. CIRCULAR 10 DE 2015 DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL

A través de dicha circular, expedida en marzo 30 del año 2015, este Ministerio exhortó a las Entidades Promotoras de Salud, a las Instituciones Prestadoras de Salud y a los afiliados, respecto del deber que asiste a todos los actores del Sistema General de seguridad Social en Salud frente a la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad en los términos de la Ley 1618 de 2013, los cuales deben traducirse en el acceso efectivo a los servicios de salud conforme se encuentra dispuesto en la normatividad vigente, indicando los aspectos que deben ser objeto de especial atención en relación con la prestación del mismo.

En especial, frente a la prescripción de servicios a población con discapacidad por parte de los profesionales de la salud, frente a las denominadas terapias ABA o EBI, señaló lo siguiente:

*“Los profesionales de la salud que prescriban servicios a la población con discapacidad deben hacerlo de manera clara y específica, de modo tal que sea comprensible para todos los agentes del sistema y para el paciente (artículos 33 y 36 de la Ley 23 de 1981). En este sentido es necesario que se discriminen los medicamentos en denominación común internacional. (...) **Se reitera también que la prescripción de las terapias debe promover la integralidad del proceso de rehabilitación funcional a través de la articulación de los servicios, la valoración de un equipo interdisciplinario de acuerdo con el compromiso clínico y condiciones coexistentes y evitar la fragmentación de los mismos.** (Artículo 53 de la Ley 1438 de 2011).*

*Por lo anterior, para soportar la toma de decisiones informadas en la mejor evidencia, el país ha avanzado en el desarrollo de procesos rigurosos y sistemáticos de búsqueda y síntesis de evidencia de efectividad y seguridad de tecnologías en salud, un ejemplo de ello es la revisión que el Instituto de Evaluación de Tecnológica en Salud (IETS) realizó, en relación con las “Terapias de Análisis de Comportamiento Aplicado ABA, para el tratamiento de personas con diagnóstico de Trastornos del Espectro Autista (TEA) y Trastorno de Hiperactividad y Déficit de Atención (TDH)”. En esa evaluación se revisa sistemáticamente la evidencia sobre el uso de este tipo de terapias para la atención de los menores con diagnóstico de TEA y TDH. Una de las conclusiones importantes de dicho estudio, es que no hay evidencia que soporte la efectividad de la terapia ABA en personas con diagnóstico de TDH. En relación con la efectividad de estas terapias en personas con diagnóstico de TEA, se encontró que puede ser efectiva en algunos de los desenlaces evaluados, como habilidades cognitivas y lenguaje expresivo, **con una calidad baja de la evidencia.***

Para la evaluación de efectividad y seguridad de la terapia ABA, se realizó una revisión preliminar de la evidencia y un consenso de expertos, que permitió definir la pregunta orientadora de la evaluación (pregunta PICO), concluyendo que este tipo de terapias no tienen utilidad en casos de parálisis cerebral, discapacidad cognitiva (trastornos del lenguaje y trastornos de aprendizaje), alteraciones del cráneo (microcefalia, craneosinostosis) y Síndrome de Down, dado que no hay sustento científico, ni pertinencia clínica para la intervención con ABA en personas con estos diagnósticos.

Adicionalmente, en concordancia con la Ley Estatutaria de la Salud y de la Sentencia T- 802 de 2014 – que señaló respecto de la prescripción de terapias ABA, en uno de sus apartes: “ En desarrollo del derecho fundamental a la salud de menores en circunstancia de discapacidad y el

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201611400107671**

Fecha: **28-01-2016**

Página 6 de 7

principio de integralidad, este tribunal ha estudiado el tema de tratamientos alternativos tipo ABA y de neurodesarrollo (no POS) con el objeto de que este grupo poblacional goce de un estado completo de bienestar físico, mental, emocional y social.... este Tribunal además de verificar los requisitos jurisprudenciales para ordenar tratamientos no POS, ha considerado que en algunos casos para el suministro del mencionado tratamiento es necesario que los pacientes sean o hayan sido valorados previamente por el personal médico de la salud de la E.P.S. a la que se encuentran afiliados. El concepto debe estar fundamentado en criterios médico-científicos y en ningún caso en argumentos de tipo administrativo.” fue expedido el nuevo Protocolo Clínico para el diagnóstico y tratamiento de los niños y niñas con Trastorno del Espectro Autista (TEA), por parte del Ministerio de Salud y Protección Social y del Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS), basado en tres principios claves: **evidencia científica, seguridad y efectividad en el tratamiento de los pacientes** y sostenibilidad del sistema; buscando garantizar un **tratamiento efectivo e integral** para esta enfermedad.

Dicho protocolo clínico orienta la sospecha y confirmación diagnóstica de personas con TEA y ofrece diferentes opciones terapéuticas, incluida la realización de intervenciones basada en la estrategia de Análisis del Comportamiento Aplicado (ABA, por su sigla en inglés), **siempre y cuando, cuenten con evidencia científica sobre su incidencia en la mejoría de la salud de los pacientes.**

Finalmente, debe indicarse que conforme lo señaló la línea jurisprudencial trazada de la Corte Constitucional en la sentencia T- 802 de 2014, antes referida y que sirve de fundamento al citado Protocolo, **las E.P.S. tienen la obligación de brindar un tratamiento integral a los pacientes con trastorno del espectro autista. Sin embargo, no basta con la simple prescripción médica, sino que es necesario que se justifique con base en criterios médico-científicos que el paciente va obtener una mejoría o progreso en su salud.**

En consecuencia, y conforme a las inquietudes plasmadas en su comunicación, se le indica a la peticionaria que de acuerdo con el recuento normativo expuesto, los fallos de tutela son de obligatorio cumplimiento para las partes involucradas, sin que la normatividad, actos administrativos o directrices emanadas de este Ministerio, como ente rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o cualquier otra autoridad administrativa o judicial, pueda desconocerlos.

En consecuencia, sí como se infiere de su comunicación, la EPS COOMEVA se encuentra obligada al cumplimiento de un fallo de tutela en favor de su menor hijo, deberá cumplirlo en los términos en que el Despacho Judicial lo profirió, proceder que no debe interrumpirse o detenerse invocando las directrices impartidas por este Ministerio que en nada se han orientado a promover el desconocimiento del imperio propio de una orden judicial.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201611400107671**

Fecha: **28-01-2016**

Página 7 de 7

El presente concepto tiene el efecto determinado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su Título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁸.

Cordialmente,

LUIS GABRIEL FERNÁNDEZ FRANCO

Director Jurídico

Elaboró: Andrea CF

Revisó: E Morales G

Aprobó: O Liliana SR

Ruta electrónica: se inserta automáticamente por la opción insertar / elementos rápidos / campo / FileName / agregar la ruta al nombre de archivo / aceptar

⁸ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”