



1.1 Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá D.C.,

Honorable Congresista

JAIRO HUMBERTO CRISTO CORREA

Comisión Séptima Constitucional Permanente

Cámara de Representantes

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Carrera 7 No. 8 – 68

Ciudad



Radicado: 2-2021-058888

Bogotá D.C., 5 de noviembre de 2021 17:25

Radicado entrada
No. Expediente 50398/2021/OFI

Asunto: Consideraciones al Proyecto de Ley No. 302 de 2021 Cámara “Por la cual establecen medidas para el abordaje integral de la endometriosis y se dictan otras disposiciones”.

Respetado Presidente:

De manera atenta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta los comentarios y consideraciones al Proyecto de Ley del asunto en los siguientes términos:

El Proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto *“establecer y garantizar en el territorio nacional el acceso completo a la detección, diagnóstico, estudios, control, tratamiento, medicamentos y terapias necesarias para el abordaje integral de la endometriosis, así como promover la concientización, orientación diagnóstica, prevención de complicaciones físicas, emocionales y sociales.”*

Para el efecto, el artículo 6 establece que dentro del Plan Básico de Salud (PBS) o el que haga sus veces quedan incluidos todos los procedimientos, medicamentos, tratamientos, terapias, así como los nuevos procedimientos y técnicas que se desarrollen mediante avances técnico-científicos para el abordaje integral de la endometriosis.

Por su parte, el artículo 8 preceptúa que el 14 de marzo de cada año se instituye como el día nacional de la endometriosis, para lo cual se deberá implementar durante todo el mes una campaña pedagógica y de difusión con el fin de informar y concientizar sobre las características, grados, síntomas y consecuencias de la endometriosis e incentivar la detección temprana, control y posterior abordaje integral.

Además, el artículo 9 autoriza al Gobierno nacional para realizar las apropiaciones, acuerdos interadministrativos, asociaciones público-privadas y las modificaciones presupuestales que se consideren necesarias para el cumplimiento de la iniciativa legislativa.

Al respecto, en relación con la ampliación del PBS para el abordaje integral de la endometriosis contemplado en el artículo 6, sea lo primero señalar que esta Cartera, sin perjuicio de la competencia del Congreso de la República de hacer las leyes, no comparte la inclusión de servicios y tecnologías en salud mediante leyes, tal como se pretende hacer mediante el Proyecto de Ley del asunto, en tanto esta práctica disiente de la filosofía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que implica la ejecución de dicha labor, a través de una entidad técnica como el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), en razón a los criterios que deben tenerse en cuenta para su inclusión, el análisis que esto supone y los componentes que se encuentran en juego como la sostenibilidad del sistema articulada bajo un esquema de prestación que comprende la participación de los particulares y la

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co

solidaridad en su financiación. Luego, es imperioso preservar la coherencia del sistema y respeto por las instituciones que han sido creadas precisamente para hacer la prestación del servicio de la seguridad social.

La Ley 1751 de 2015¹ contempla que los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta ciertos criterios, de efectividad y eficacia clínica, entre otros, de manera que los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En ese sentido, la adopción de inclusiones o exclusiones de salud por fuera de ese sistema implica un claro desconocimiento de la Ley Estatutaria en Salud, tal es el caso de la expedición de una ley ordinaria por parte del Congreso de la República que ordene la financiación de tratamientos con recursos públicos, sin concordancia alguna con los cánones estatutarios que rigen la salud en Colombia.

La voluntad del legislador estatutario frente a la protección del servicio de salud fue la de adoptar un modelo de servicios y tecnologías excluidos, de manera que se financia con cargo a los recursos públicos lo que no esté excluido. Este modelo junto con el procedimiento de exclusión y la competencia de dicho proceder por parte del MSPS fue declarado exequible y considerado expresamente materia “estatutaria” por la Corte Constitucional, lo que le otorga a dicho contenido una jerarquía por encima de las leyes ordinarias, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Al respecto, cabe reiterar que la Ley 1751 de 2015 regula asuntos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la salud y que por lo tanto tienen reserva de ley estatutaria. En ese sentido, comoquiera que el artículo 15 de la LES regula materias estatutarias, su contenido constituye un referente constitucional que debe ser observado de forma obligatoria por el legislador ordinario.

A su turno, la violación de la norma estatutaria por el legislador ordinario implica la transgresión de la Constitución Política, como quiera que las leyes estatutarias regulan materias privativas y además les aplica formalidades especiales, según rezan los artículos 152 y 153 de la Carta Política. Así las cosas, el Proyecto de Ley resulta contrario a los mandatos del legislador estatutario definidos en el artículo 15 de la LES. Ciertamente, al ampliar directamente los beneficios por esta vía, se desconocen las reglas estatutarias sobre competencia y procedimiento en materia de exclusiones y ampliación de servicios y tecnologías en salud.

En efecto, cualquier modificación del PBS debe responder a un procedimiento completo en el cual se tengan en cuenta aspectos técnicos, poblacionales, financieros, entre otros, así como la participación de los ciudadanos. Al respecto, el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011² determina que el PBS debe actualizarse cada dos años, atendiendo a “cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios”.

De conformidad con el Decreto 2562 de 2012³, la Comisión Asesora de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones de Operación del Aseguramiento en Salud es la encargada de realizar las actualizaciones del PBS con cargo a la Unidad de pago por capitación (UPC), respondiendo a los criterios de: (i) gravedad de la enfermedad o condición de salud; (ii) mejora de eficacia/efectividad; (iii) tipo de beneficio clínico; (i) mejora de seguridad y tolerancia y (v) necesidad diferencial en salud (cronicidad y paliación).

En ese orden de ideas, la inclusión de nuevos servicios y tecnologías en el plan de beneficios en salud debe ser el resultado de una evaluación y estudio técnico que estudie suficientemente la necesidad y viabilidad de una inclusión en el PBS, y no una decisión del legislativo. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C - 093 de 2018, determinó que:

“No se considera conveniente, ni viable constitucionalmente, que por la vía legislativa ordinaria se establezcan de manera directa inclusiones de prestaciones de salud. Ello derivaría en (i) un desajuste del esquema para el establecimiento de los beneficios del Sistema de Salud adoptado por una ley estatutaria, (ii) una limitación para la labor conferida en el marco institucional colombiano al Ministerio de Salud y Protección Social y (iii) una violación del derecho de los ciudadanos a participar de forma directa

¹ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones

² Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

³ Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social, se crea una Comisión Asesora y se dictan otras disposiciones.

y efectiva en la toma de decisiones sobre los servicios de salud que se deben financiar con los recursos públicos y que delimitan el contenido del derecho fundamental a la salud". (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, la ampliación del PBS debe evitar la duplicidad de esfuerzos y recursos que incidan, por ejemplo, en aumento de la carga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), pues en todo caso cualquier medida que repercuta en incrementos de la UPC que se reconoce por cada afiliado no estaría contemplada en las proyecciones de gasto de mediano plazo del Sector Salud de los recursos que se destinan para el cierre financiero del SGSSS y que se financian con recursos del Presupuesto General de la Nación (PGN).

Sin embargo, debe señalarse que el PBS ya incluye los medicamentos y procedimientos necesarios para la detección y tratamiento de la endometriosis como lo son las ecografías, resonancias, procedimientos de escisión y ablación de endometriosis por laparotomía y laparoscopia, entre otros, de manera que, actualmente, las mujeres que los requieran pueden acceder a ellos. Por lo anterior, no se considera necesaria la expedición de una nueva norma que reitere la garantía en la prestación de servicios que en la actualidad ya se encuentran incluidos en el sistema.

Ahora bien, en relación con las campañas pedagógicas y de difusión y la autorización concedida al Gobierno nacional para realizar apropiaciones que resulten necesarias para el abordaje integral de la endometriosis establecidas en los artículos 8 y 9, respectivamente, es preciso recordar que cualquier autorización de gasto que se pretenda realizar con esta iniciativa debe estar sujeto a la disponibilidad presupuestal de recursos que puedan ser apropiados para tal fin en el Presupuesto General de la Nación, toda vez que, de conformidad con los artículos 151 y 352 de la Constitución Política, toda apropiación se registrará por los cánones demarcados por la Ley Orgánica de Presupuesto, la cual regula lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C- 652 de 2015:

(...)

*5.17. Como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, “**las normas orgánicas, entre las cuales se incluyen las de presupuesto, tienen una categoría superior que condiciona el ejercicio de la actividad legislativa, al punto de que el control de constitucionalidad que lleva a cabo esta Corporación deba implicar que se confronte la disposición acusada no solamente con el texto constitucional, sino también con la respectiva norma orgánica [la cual] viene a constituirse en límite, directriz y referencia obligada de la ley ordinaria**”.*

*5.18. En la misma dirección, este Tribunal ha sostenido que, dado su especial rango y jerarquía, “**las leyes orgánicas son parámetros del análisis de constitucionalidad en sentido lato, en tanto y en cuanto se trata de normas de naturaleza supra legal que implican un límite a la actuación de las autoridades y al margen de configuración del Congreso**.”*

*5.19. A este respecto, en la Sentencia C-600A de 1995, recientemente reiterada en la Sentencia C-052 de 2015, la Corte se refirió a las circunstancias que dan lugar a la **violación de la reserva de ley orgánica**, señalando que la misma **se estructura cuando “el Congreso regula por medio de una ley ordinaria un contenido normativo que la Constitución ha reservado a las leyes orgánicas**, pues la Carta distingue entre leyes orgánicas y leyes ordinarias, y atribuye a cada una de ellas la regulación de materias diversas”. En el mismo fallo, se precisó que **dicha violación conlleva un vicio de competencia del Congreso, en el sentido que este órgano no se encuentra facultado para tramitar y aprobar “por medio del procedimiento y la forma de la ley ordinaria ciertas materias que la Constitución ha reservado al trámite y a la forma más exigentes de la ley orgánica**”. (...)* (Negrilla fuera de texto)

En consonancia con lo anterior, es importante aclarar que cada una de las entidades involucradas tiene que ajustarse a las disponibilidades presupuestales en la ejecución de la política pública, tal como lo dispone el artículo 39 del Estatuto Orgánico de Presupuesto (EOP), al señalar que cualquier gasto autorizado por Leyes anteriores a la presentación del proyecto anual del Presupuesto General de la Nación, se incorporarán a éste, de acuerdo, no solo con la disponibilidad de recursos, sino también con las prioridades del Gobierno, siempre que corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guarden concordancia con el Plan Nacional de Inversiones, e igualmente las apropiaciones a las cuales se refiere el parágrafo único del artículo 21 de la Ley 60 de 1993.

Sobre el gasto generado en leyes preexistentes, la Corte Constitucional, en sentencia C-157 de 1998, precisó que **“la aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria pero no suficiente para poder llevarlo a cabo, (...) igualmente corresponde al Gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (artículo 346 CP).”** (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, es el Gobierno quien cuenta con la potestad y discrecionalidad de decidir qué gastos ordenados por el Legislativo serán incluidos en el respectivo Proyecto de Presupuesto General de la Nación.

En este sentido, el citado Estatuto Orgánico establece en el artículo 47 que es el Gobierno quien deberá preparar anualmente el Proyecto de Presupuesto General de la Nación con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este presupuesto. El Gobierno tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto de presupuesto⁴.

Es así como en la Ley Anual de Presupuesto se asignan los recursos a las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación en forma global y cada una de ella los distribuye de acuerdo con sus necesidades de gasto y la priorización que estime pertinente, para dar cumplimiento a sus metas, tal como lo indica el artículo 110 del Estatuto Orgánico, el cual establece que es cada órgano, como sección del Presupuesto General de la Nación, el que cuenta con la capacidad de contratar, comprometer a nombre de la persona jurídica de la que hagan parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones que hayan sido incorporadas en la respectiva sección, lo cual constituye la autonomía presupuestal estipulada en la Constitución Política y en la ley, facultades, que en todo caso, reposan en cabeza del jefe de cada órgano, las cuales también pueden ser delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces y ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes.

Así las cosas, de conformidad con el Estatuto Orgánico de Presupuesto, es responsabilidad de cada sección presupuestal (Ministerios, Departamentos Administrativos y/o Establecimientos Públicos), la inclusión en los respectivos anteproyectos de presupuesto de los programas y proyectos, que de acuerdo con sus competencias se propongan realizar durante la respectiva vigencia fiscal, acorde con las directivas presidenciales de austeridad en dichos gastos.

De esta manera, genera efectos negativos en el sistema de asignaciones presupuestales colombiano que en leyes ordinarias se incluyan disposiciones cuyo contenido es propio de las leyes orgánicas de presupuesto, pues el propósito de esa ley es regir a las entidades estatales en la programación, aprobación, modificación y ejecución de sus presupuestos. Incluir previsiones normativas como la propuesta en la iniciativa bajo estudio conlleva inflexibilidades en el marco global de asignación del presupuesto nacional.

En virtud de lo expuesto por la Corte Constitucional y en aplicación de los mandatos consagrados en los artículos 151 y 352 de la Constitución Política, se vulnera la reserva de la ley orgánica al incluir temas exclusivos de la ley orgánica de presupuesto en una ley ordinaria, y corre un riesgo de inconstitucionalidad la iniciativa bajo estudio en caso de insistir en el trámite legislativo con dichos asuntos.

Aunado a lo ya considerado, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 819 de 2003⁵, el Proyecto de Ley debe hacer explícita su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, y debe incluir expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el respectivo financiamiento, requisitos que no cumple la iniciativa legislativa bajo estudio.

⁴ Ley 38 de 1989 “Normativo del Presupuesto General de la Nación”, artículo 27; Ley 179 de 1994 “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, Orgánica de Presupuesto”, artículo 20.

⁵ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.



Continuación oficio

Página 5 de 5

Por todo lo expuesto en precedencia, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable y solicita estudiar la posibilidad de su archivo. Igualmente, manifiesta la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Cordial saludo,

JESÚS ANTONIO BEJARANO ROJAS

Viceministro Técnico

DGRESS/DGPPN/OAJ

UJ-2189/21

Proyectó: Andrea del Pilar Suárez Pinto
Revisó: Germán Andrés Rubio Castiblanco

Con copia:

Dr. Orlando Anibal Guerra de la Rosa – Secretario de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes.

Firmado digitalmente por: JESUS ANTONIO BEJARANO ROJAS

Viceministro Tecnico

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co