

SU819-99

Sentencia SU.819/99

DERECHO A LA SALUD-Carácter prestacional/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Carácter prestacional

DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-Prestacionales y transmutación hacia un derecho subjetivo

Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.

DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-Adquisición carácter de fundamentales

Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección. A toda persona le asiste el derecho a la protección de un mínimo vital “por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal” y en la medida en que la vida abarca las condiciones que la hacen digna, “ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Alcance

SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Objeto

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

DERECHO A LA SALUD-Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental

Una de las hipótesis en que los derechos a la seguridad social y a la salud cambian su carácter programático, e involucran el poder para exigir del Estado el derecho a la atención, es la del afiliado a una entidad de seguridad social. Empero, en ese caso, para que los derechos a la seguridad social o a la salud se consideren como derechos fundamentales, es necesario que cumplan los presupuestos destacados por la jurisprudencia de la Corte:

“primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.”

#### DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente

Como lo ha precisado esta Corporación, el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.

#### SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público esencial

La seguridad social en el ámbito de la salud como servicio público esencial, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución, representa el deber que tiene el Estado de garantizar en forma efectiva, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el acceso a los servicios de salud, con el propósito de mantener o recuperar la salud de las personas y evitar el menoscabo de la capacidad económica de la población.

#### SEGURIDAD SOCIAL-Servicio privado de interés público

La seguridad social como actividad privada de interés público, en desarrollo de lo previsto en el artículo 335 de la Carta, se proyecta al conjunto de beneficios opcionales y voluntarios que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad, cuya financiación se surte de manera exclusiva con los recursos de los particulares, diferentes a los aportes obligatorios que éstos deben hacer a la seguridad social.

#### PLANES ADICIONALES DE SALUD-Naturaleza

##### SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Recursos limitados

No obstante el reconocimiento constitucional del principio de la solidaridad, es preciso manifestar que el Estado colombiano -que no es un Estado benefactor-, carece de los recursos suficientes para hacer efectivo, a plenitud, el acceso al servicio público esencial de la salud, por lo que es necesario, para garantizar la prevalencia del interés general, hacer uso adecuado y racional de los recursos destinados a la seguridad social en salud en aras de permitir que toda la población, pero en especial la más vulnerable, tenga acceso a las prestaciones mínimas en salud. En cuanto a los recursos destinados a la seguridad social y a financiar la salud como recurso público a cargo del Estado, estos son limitados y deben manejarse razonablemente para beneficiar a la colectividad.

##### REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Naturaleza

##### REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Naturaleza

FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Naturaleza

FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Recursos son limitados

FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Objeto

FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Afectación del equilibrio financiero por asunción de obligaciones excluidas

Entiende la Corte que se alteran las reglas de juego iniciales establecidas por la ley, cuando se exige que el Fondo de Solidaridad y Garantía asuma una serie de obligaciones que están excluidas de los respectivos regímenes, o cuando igualmente se impone a las EPS su asunción, no teniendo la capacidad económica ni los recursos para cubrir prestaciones, procedimientos o tratamientos que están por fuera del Plan, pues ello incide necesariamente en el equilibrio financiero de la EPS y del propio Sistema, y en especial en el cumplimiento adecuado y eficaz de las funciones a cargo del Fondo. En consecuencia, cuando ese Fondo no recibe los giros y las transferencias correspondientes con los cuales pueda cumplir su objeto, cual es garantizar la eficacia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o cuando sus recursos son utilizados para cubrir tratamientos o procedimientos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se pone en grave peligro la solvencia y eficiencia del Sistema, al igual que los derechos fundamentales de todos y cada uno de los afiliados y los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Límites

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Equilibrio estructural

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Características principales

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Funciones

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Servicios adicionales

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Alcance

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Límites a obligaciones

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Afiliación es al sistema y no a la EPS

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Pago de cotización es al sistema

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Periodos mínimos de cotización

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Periodos de carencia

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Prestación de servicios excluidos por prevalencia de derechos fundamentales

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Aplicación estricta de periodos mínimos de cotización afecta derechos fundamentales

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de ciertas actividades, intervenciones y procedimientos

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Remisión de pacientes al exterior

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y DE INVERSIONES-Jerarquía Superior

LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y DE INVERSIONES-Prevalencia sobre ley de seguridad social

LEY DE SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza

LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y DE INVERSIONES-Modificación de normas sobre prestación de servicios de salud en el exterior

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Tratamientos, procedimientos y medicamentos que deben prestarse en Colombia y el exterior aunque estén por fuera

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Prestaciones en Colombia y el exterior no incluidas cuando se afecta derecho a la vida

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Deberes de los usuarios frente a prestaciones que por excepción sean autorizadas

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Cubrimiento de prestaciones por fuera del POS lleva al Estado a titularidad del cobro al usuario

En estos casos las Entidades Promotoras de Salud actúan por cuenta integral del Estado al cubrir prestaciones por fuera de los límites legales de su operación, y por consiguiente, a juicio de la Corte, a la imposición de una responsabilidad a la Entidad Promotora de Salud que excede los límites contractuales y legales, mal se le puede agregar la carga de efectuar el correspondiente cobro al usuario, siendo entonces el Estado el titular directo de las correspondientes acciones judiciales de cobro de las sumas que corresponde asumir al usuario.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Límites en cuanto condiciones financieras del sistema y tecnología existente en el país

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Responsabilidad y coordinación en prestación de servicios excluidos para remisión al exterior

Debe señalar esta Corporación en relación con las solicitudes de remisión, las siguientes conclusiones: a) Corresponde al Estado, como directamente responsable de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la obligación de asumir los procedimientos, intervenciones, medicamentos y demás gastos que demanda el tratamiento que el afiliado requiere para la recuperación de su salud. b) El Estado, a través del Ministerio de Salud -o en

su caso la EPS conforme lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social-, podrá, una vez efectuada la respectiva evaluación y obtenidos los resultados de los exámenes realizados al paciente y determinada la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento, y antes de su remisión, exigir a la EPS a la que se encuentre afiliado para que ésta proporcionalmente asuma el pago de lo que costaría un tratamiento similar, si este existiere, que se hubiera podido realizar en Colombia conforme a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud para la correspondiente patología. c) El Ministerio de Salud, previamente a la remisión del paciente al exterior, deberá disponer de los recursos a través del Fosyga con los cuales se cancelarán los gastos de traslado, intervenciones, procedimientos y otros a practicarle al paciente, así como la entidad que en el exterior se deberá hacer cargo del procedimiento; recursos que se adicionarán a los que la EPS proporcionalmente deberá asumir en las condiciones mencionadas en el literal anterior. d) En el caso de la población vinculada, la responsabilidad y coordinación en cuanto al otorgamiento de prestaciones por fuera del POS, se debe efectuar a través de la red pública de prestadores y sus correspondientes fuentes de financiación.

**PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Parámetros legales para otorgamiento excepcional de beneficios excluidos en Colombia y el exterior**

**PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Cumplimiento de requisitos para acceder a servicios excluidos en Colombia y el exterior**

No puede desconocerse que la remisión de pacientes al exterior aunque pueda convertirse en una posibilidad que les permita a éstos la recuperación de su salud o al menos la prolongación de su vida, en la medida en que los tratamientos y procedimientos que habrán de ser practicados en el exterior implican costos muy elevados, y que los recursos del Estado para responder con su obligación de proporcionar a todos los habitantes del territorio nacional los servicios de salud son limitados, pone en grave riesgo el acceso de la población a los servicios de salud, así como la garantía y la defensa de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social. Por ello, el legislador, en la Ley 508 de 1999, estableció una serie de requisitos que son de ineludible y obligatorio cumplimiento, para acceder a los servicios de salud excluidos del POS en Colombia y en el exterior cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida, que se convierten en necesarios para garantizar los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general, así como los específicos que rigen el sistema de seguridad social en salud -la eficiencia, universalidad y solidaridad-.

**JUEZ DE TUTELA-Necesidad de tener en cuenta territorialidad y capacidad financiera para proteger derecho a la salud**

No cabe duda para la Corporación que si los elementos de la territorialidad y de la capacidad financiera no son tomados en cuenta por el juez de tutela para adoptar órdenes dirigidas a la protección del derecho a la salud, se hace imposible que el Estado pueda cumplir con su obligación constitucional de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional su salud y seguridad social, y en conexidad, su vida, dignidad y mínimo vital.

**DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Transplante de médula ósea en el exterior**

## FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Reembolso a EPS

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Capacidad económica del usuario respecto de servicios no cubiertos

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reglamentación del régimen de copago y de cuotas moderadoras para servicios por fuera del POS

Sala Plena - Sentencia de Unificación de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-217.495

Peticionario: Alejandro Moreno Alvarez contra el Estado - Ministerio de Salud y COLMENA SALUD E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinte (20) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

### SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Alejandro Moreno Alvarez, en nombre del menor Alejandro Moreno Parra contra el Ministerio de Salud y Colmena Salud E.P.S.

#### I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alejandro Moreno Alvarez, en ejercicio de su atribución constitucional, formuló acción de tutela en representación de su menor hijo Alejandro Moreno Parra contra el Estado - Ministerio de Salud y contra Colmena Salud EPS, con el objeto de obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física.

##### 1. Hechos

Señala el peticionario como hechos que motivaron la formulación de la tutela, los siguientes:

1º Desde el primero de marzo de 1995 se encuentra afiliado a Salud Colmena EPS como cotizante y en calidad de beneficiarios incluyó a sus tres hijos (entre ellos a Alejandro), a su esposa y a la madre de ésta.

2º Que desde mediados del año pasado, su hijo Alejandro presentó quebrantos de salud, razón por la cual acudió a los médicos de la EPS para que verificaran su posible enfermedad y el tratamiento que se debía seguir. Fue así como la doctora Martha Patricia Vizcaino, médica adscrita a la EPS Salud Colmena, diagnosticó que el niño padecía de la enfermedad

denominada “Leucemia Mieloide Crónica”, siendo necesario para preservar su vida, la realización de un trasplante de médula ósea con donante no relacionado, igualmente denominado trasplante heterólogo (en cuyo caso el donante es un tercero). Este trasplante es diferente al autólogo, pues en él se utiliza la médula del mismo paciente, el cual se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud que corresponde prestar a la EPS.

3º Que el trasplante heterólogo con donante no relacionado, según certificaciones de los médicos Martha Patricia Vizcaíno y Enrique Pedraza, no se realiza en Colombia por cuanto no se cuenta con la tecnología adecuada. Es así como en la Resolución 5261 de 1994, que fija los procedimientos que deben prestar las EPS dentro del POS no se contempla este tipo de trasplante, precisamente por no existir en Colombia la tecnología requerida.

4º Que mediante comunicación del 12 de marzo de 1999, Salud Colmena le informó la imposibilidad en que se encontraba para realizar el trasplante heterólogo, por no contar en Colombia con la tecnología necesaria, resaltando que si se tratara de un trasplante autólogo o heterólogo con donante relacionado, lo asumiría sin dilación alguna. Así mismo, precisó la normatividad en la cual se fundamentaba para negar el trasplante requerido, manifestando su disponibilidad de asumir el valor correspondiente al trasplante incluido en el POS, y que sería el que por ley tendría que asumir, considerando que su campo de acción se limita estrictamente al señalado en la ley, conforme delegación que el Estado le hiciera en la prestación del servicio público de salud.

5º Que tiene conocimiento que este tipo de trasplante heterólogo puede ser realizado en el Hospital de la Universidad de Birmingham en Alabama, EEUU, y que su costo podría ascender a la suma de U\$371.740.00, según cotización anexa, valor que no podría conseguir ya que no cuenta ni podría contar nunca con los recursos económicos necesarios para sufragarlo.

6º Que de no efectuarse el trasplante sugerido por el médico tratante a la mayor brevedad, la consecuencia inmediata sería la muerte del menor Alejandro. Teniendo en cuenta la urgencia de conservar a toda costa la vida de su hijo, y la imposibilidad de realizarle el trasplante requerido en el país con cargo a los recursos del sistema de seguridad social en salud, el accionante se encuentra en la agobiante necesidad de demandar el amparo del Estado, quien debe garantizar el derecho fundamental a la salud y a la vida de los niños, conforme a los principios consignados en la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional.

7º Que obra comunicación dirigida al Presidente de Salud Colmena, en la cual le manifiesta que en la actualidad uno de los médicos tratantes de su hijo al descartar la posibilidad de que al niño se le practicara un trasplante de médula ósea en Colombia por las particulares características de su enfermedad y la no existencia en el país de un banco de donantes que pueda proveer la médula, nos puso en contacto con el Hospital de la Universidad de Birmingham a donde se han enviado los estudios realizados en el país a su hijo, para que en ese centro de salud le sea practicado al niño el trasplante que posiblemente garantizará su mejoría y en consecuencia le permita seguir viviendo.

En virtud de lo anterior, el actor solicita que se ordene al Estado - Ministerio de Salud, quien es el primeramente responsable de la atención del servicio esencial en salud, de acuerdo con los artículos 44 y 48 de la Constitución, la realización del tratamiento requerido por su

pequeño hijo en el exterior, así como los demás gastos de estadía y desplazamiento al exterior para su hijo y para él como padre o para la madre, y así mismo, que se ordene a SALUD COLMENA reembolsar al Estado el valor equivalente al tratamiento contemplado en la Resolución 5261 de 1994, para trasplante heterólogo de médula ósea con donante no relacionado, de manera que coadyuve en la parte correspondiente al valor del tratamiento que se realiza en Colombia y que se encuentra contemplado en el POS.

## 2. Pruebas

### 2.1 Ordenadas por el Juzgado de Instancia

\* Oficio remitido por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud

Afirma el funcionario que la leucemia mieloide con trasplante heterólogo sí es tratable en Colombia. Según el Jefe del Programa de Primer Nivel de Atención del Ministerio de Salud, consultada la división de registro y acreditación del Ministerio, existen varias instituciones con licencia para practicar el trasplante heterólogo de médula ósea en Colombia, entre ellas, el Instituto Nacional de Cancerología, la Clínica Marly, la Fundación Santafé y el Hospital Militar.

Por otra parte, agrega el Jefe de la Oficina Jurídica que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994 y en el Decreto 806 de 1998, los pagos de los valores que excedan el Plan Obligatorio de Salud y los medicamentos no incluidos en la lista esencial no pueden ser financiados con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía creado mediante la Ley 100 de 1993, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, con la dirección y control integral a cargo de la Dirección General de Gestión Financiera. Ahora bien, precisa que en la Nación-Ministerio de Salud no existe el Fondo de Reconocimientos de enfermedades catastróficas ni otros recursos destinados al plan obligatorio de salud. El Fosyga tiene objeto y destinaciones específicas y no es lo mismo el evento o riesgo catastrófico, que la enfermedad calificada como catastrófica o de alto costo, como en el caso en estudio. En cuanto a los recursos destinados a la seguridad social y a financiar la salud como recurso público a cargo del Estado, estos son limitados y deben manejarse razonablemente para beneficiar a la colectividad.

Es por ello, señala, que las empresas promotoras de salud están obligadas a prestar atención a sus afiliados y a garantizar el tratamiento necesario, incluyendo los medicamentos que el paciente requiera y los costos deben ser asumidos a través de mecanismos de seguro y reaseguro, que deben implementar las EPS, con el porcentaje de la unidad de pago por capitación, que tiene la finalidad de garantizar la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo.

\* Oficio del Director de Servicios Médicos de Colmena Salud EPS

La entidad accionada le envió comunicación al señor Alejandro Moreno Alvarez, fechada 12 de marzo de 1999, donde afirmó que el país no contaba con la tecnología disponible para realizar tratamientos como el que su menor hijo requiere; los trasplantes de médula ósea que se efectúan en el país son los autólogos y los heterólogos con donante relacionado, los cuales

se encuentran incluidos dentro de los contenidos del POS.

Agrega que actualmente las EPS que operan en Colombia, cualquiera sea su naturaleza jurídica, deben garantizar la prestación de los servicios en los términos de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, dentro de los cuales no se encuentran incluidos tratamientos con tecnología no disponible en el país. Por lo tanto, Colmena EPS no puede asumir el costo del tratamiento requerido por el menor y en consecuencia no autoriza la realización del trasplante de médula ósea con donante no relacionado en el exterior. No obstante, teniendo en cuenta que está de por medio el derecho a la vida, señala que la entidad está dispuesta a asumir el valor que corresponde al tratamiento previsto en la Resolución 5261 en la que se contempla el tratamiento para médula ósea con donante relacionado que es el que se efectúa en el país.

Escrito presentado por el apoderado de COLMENA SALUD EPS

Sostiene el interviniente, que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha fijado un Plan Obligatorio de Salud en el cual ha limitado el listado de medicamentos y de procedimientos. Así mismo, señala que la UPC se ha fijado para responder únicamente por el contenido del POS, y que bajo ninguna circunstancia se encontrará documento de antecedente o norma debidamente interpretada de la que se pueda concluir que la UPC debe cubrir medicamentos o prestaciones por encima del POS, excepción hecha de lo establecido en el Acuerdo 83 de 1997 cuando el valor del medicamento requerido es igual o inferior al contenido en el listado.

En consecuencia, solicita que se conceda la tutela del menor accionante por estar de por medio la vida de un niño, ordenando al Estado - Ministerio de Salud la realización del trasplante heterólogo con donante no relacionado al menor Alejandro Moreno, señalando que COLMENA SALUD EPS deberá realizar el pago de \$66.000.000, con el fin de cofinanciar la atención en salud en la parte que a ella corresponde. Y además, en caso de considerar el Juez que la EPS debe suministrar el tratamiento, se le reconozca el derecho a obtener el reembolso por parte del Estado - Ministerio de Salud en aquella parte que exceda el valor de lo reconocido en el país para el trasplante autólogo, de manera que no se altere el equilibrio contractual que debe existir entre el Estado y la EPS.

## 2.2 Ordenadas por la Corte Constitucional

Con el objeto de determinar si en Colombia se practica el trasplante heterólogo de médula ósea con donante no relacionado, así como la situación actual de salud en que se encuentra el menor accionante de tutela y de constatar la situación económica del peticionario, se ofició a la EPS SALUD COLMENA, para que a través del médico tratante del menor ALEJANDRO MORENO PARRA, se informe el estado de salud en que se encuentra, los procedimientos que se le han venido realizando, el tratamiento que debe practicársele, y si éste puede o no efectuarse en Colombia; igualmente, se ofició a una serie de instituciones prestadoras de salud en el país, con el objeto de conocer si el trasplante que requiere el menor se realiza en Colombia, e igualmente, se ofició al peticionario con el objeto de constatar su situación económica.

Al respecto, se recibieron las siguientes pruebas:

.1 Oficio remitido por el Gerente de la Clínica de Marly S.A. en el cual expresa que “desde hace 6 años se realiza Transplante alogénico o heterólogo, trasplantes exclusivamente relacionados o familiares idénticos. No se han realizado trasplantes con donante no relacionado”.

.2 Oficio remitido por el Asesor Científico del Hospital de la Misericordia, en el cual informa que en dicho centro no se está realizando el trasplante de médula ósea.

.3 Oficio suscrito por el Presidente de COLMENA SALUD, fechado junio 18 de 1999, en el cual informa a la Sala lo siguiente:

“Le remito en original las certificaciones expedidas por los doctores MARTHA PATRICIA VIZCAINO y ENRIQUE PEDRAZA MESA, profesionales que conocieron el estado de salud del niño ALEJANDRO MORENO PARRA, durante su tratamiento en nuestro país, en las cuales se expone el tratamiento adelantado y se certifica que por las condiciones de la patología, el trasplante de médula que requiere, no puede ser realizado en Colombia.

De la misma manera remitimos la comunicación enviada por el doctor KENNETH G. LUCAS, Director de Transplante Pediátrico de Médula Osea de la Universidad de Alabama, Birmingham Estados Unidos, Institución en la que se encuentra recluido el menor, a través de la cual se informa el estado de salud actual de Alejandro y los próximos procedimientos que se le realizarán” (negritas y subrayas fuera de texto).

En relación con las citadas certificaciones, indica el doctor Pedraza Mesa que:

“el niño ALEJANDRO MORENO, con diagnóstico de Síndrome Mielodisplástico tipo Leucemia Mielomonocítica tiene como única opción curativa el trasplante alogénico de células progenitoras de sangre periférica utilizando un donante HLA idéntico no aparentado; que este tipo de tratamiento no se puede realizar en el país, y por lo tanto, dado el carácter urgente de su tratamiento ha sido remitido a la Universidad de Birmingham, en Alabama y que por razones relacionadas con el buen término del proceso de Trasplante, Alejandro deberá permanecer alrededor de un año residenciado en el estado de Alabama” (negritas y subrayas fuera de texto).

.4 Escrito enviado por el señor Alejandro Moreno Alvarez, accionante de tutela, fechado 6 de julio de 1999, en el cual informa a la Sala lo siguiente en relación con su situación económica:

“En la actualidad me desempeño como Gerente de la Sucursal Mercadeo Institucional de la empresa COLMENA SEGUROS, devengando una asignación mensual equivalente a la suma de \$5.990.400.00”.

Agrega que su grupo familiar está compuesto por sus tres hijos y su esposa, y que su salario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de su familia, como son las obligaciones financieras, educativas, servicios públicos domiciliarios y canasta familiar. En consecuencia, señala que le es imposible asumir los costos que el procedimiento médico en el exterior de su hijo le demanda, toda vez que según la cotización expedida por la institución encargada de realizar el procedimiento al menor, “el costo normal, es decir sin ningún tipo de

complicación, oscila en promedio a la suma de \$644.000.000.00”.

3. Sentencia de Instancia.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar la providencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del Auto de fecha 27 de mayo de 1999 expedido por la Sala de Selección Número Cinco de esta Corporación.

### 2. Solicitud de fallo por Sala Plena para unificar jurisprudencia

Mediante oficio de fecha junio 11 de 1999, el Presidente de Salud Colmena solicitó a la Sala Sexta de Revisión que el conocimiento de la acción de tutela en referencia se realice por la Sala Plena, considerando que el tema en salud que se debate “involucra aspectos trascendentales para la viabilidad de las EPS y por consiguiente del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, y siendo necesario que la Corte delimite el campo de acción de las EPS dentro de la estricta delegación realizada por el Estado, especialmente en relación con el cubrimiento de prestaciones en el exterior.

Agrega que las recientes decisiones de la rama jurisdiccional por vía de tutela condenan a las EPS a cubrir en el exterior prestaciones que no se encuentran comprendidas en el POS por no existir la tecnología requerida en el país, originando no solo el desequilibrio financiero de las mismas, por cuanto la UPC -valor que se reconoce a las EPS por las prestación del POS-, se calculó con base en el POS establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el que única y exclusivamente comprende procedimientos con tecnología existente en el país, y servicios en salud a precios de moneda colombiana.

En consideración a la petición del representante legal de la EPS accionada, la Sala Plena en uso de sus facultades legales y reglamentarias reconocidas por el Acuerdo interno de la Corporación, estimó procedente la solicitud, por lo que el negocio se falla por la Plenaria de la Corte con la finalidad de unificar la jurisprudencia constitucional vigente sobre períodos mínimos de cotización, plan obligatorio de salud, tratamientos en el exterior y el derecho al reembolso que tienen las EPS en casos de procedimientos y medicamentos excluidos del POS.

### 3. La materia a examinar

De conformidad con los antecedentes expuestos, la controversia planteada en el asunto sub examine versa sobre la presunta vulneración al derecho a la salud, y por conexidad al derecho fundamental a la vida del menor Alejandro Moreno Parra, al no autorizarse por la EPS accionada ni por el Ministerio de Salud, la asunción de los costos ni la remisión al exterior del paciente, para que se le realice el transplante de médula ósea que requiere.

Debe en consecuencia la Sala, con el fin de adoptar la decisión de rigor, efectuar

previamente algunas consideraciones generales en torno del conjunto de beneficios que se derivan del Sistema de Seguridad Social en Salud creado a partir de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, así como de los principios que rigen la relación entre el Estado y las Entidades Promotoras de Salud, los alcances del Plan Obligatorio de Salud, los tratamientos en el exterior y el derecho a la repetición. Lo anterior, entonces, permitirá a la Corporación determinar si la garantía constitucional reconocida en los artículos 48 y 49 de la Carta Política, compromete más allá del Plan Obligatorio de Salud, la responsabilidad de las Empresas Promotoras de Salud.

### 3.1 Del conjunto de beneficios dentro de la Seguridad Social

#### 3.1.1 La seguridad social: derecho, actividad de interés público y servicio público esencial

.1 Los derechos a la salud y a la seguridad social, hacen parte de los denominados derechos de segunda generación, que corresponden al Capítulo II del Título II de la Constitución Política, “Los derechos económicos, sociales y culturales”.

Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup>, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva.

Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.<sup>2</sup>

Al respecto, dijo la Corporación en sentencia T-645 de 1996:

“En otras palabras, para esta Sala resulta claro que la pretensión de la presente tutela se ubica en el terreno de los derechos fundamentales prestacionales, toda vez que aunque se discute un derecho fundamental, el juez de tutela no puede ser ajeno a la propia capacidad del Estado y de los particulares encargados de la prestación del servicio de salud.

En estas circunstancias, el intérprete no puede desconocer la limitación monetaria y logística a la que están sometidas las entidades prestadoras de servicios médicos. Por consiguiente, en el presente asunto, la interpretación del derecho fundamental a la salud debe estar orientada por criterios de razonabilidad que se ubican en la misma consagración constitucional de la dimensión prestacional del derecho. Esto significa que el juez de tutela no puede proferir decisiones que desbordan la capacidad operativa del Estado, pues su decisión sería inocua, por lo tanto, contraria a la función judicial y al principio de eficacia de la función pública. Por consiguiente, el juez debe buscar el sentido razonable de la decisión,

que consiste en “sujetarse a un criterio de prudencia y moderación”, de tal forma que en el momento de sopesar y ponderar los derechos, valores y principios en conflicto, busque un equilibrio capaz de proferir una decisión jurídica razonable”.

.2 Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección.

En efecto, a toda persona le asiste el derecho a la protección de un mínimo vital “por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal”<sup>3</sup> y en la medida en que la vida abarca las condiciones que la hacen digna, “ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”.<sup>4</sup>

Por su parte, el artículo 49 de la Constitución dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, que se garantiza a todas las personas en cuanto al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Agrega el precepto que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En relación con el alcance del principio de solidaridad, se expresó en la Sentencia No. T-309 de 1995, emanada de esta Corporación, que:

“La idea y las proyecciones del Estado Social de Derecho, que es característico de nuestra organización política, según lo expuesto por el artículo 1º de la Carta, y que proclama una responsabilidad estatal mucho más ligada a la obtención de resultados favorables a la satisfacción de las necesidades primarias de la comunidad y de los asociados, dentro del orden jurídico, que al encasillamiento formal de sus actuaciones en los moldes normativos. En el actual sistema jurídico, el principio de solidaridad, contemplado en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política, al que están obligados los particulares pero que es primordialmente exigible al Estado, si bien no bajo una concepción paternalista que establezca una dependencia absoluta. A tal concepto se ha referido esta misma Sala, indicando que tiene el sentido de un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”.

Teniendo en cuenta el problema jurídico objeto del presente proceso, es pertinente recordar, que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación<sup>5</sup> en materia de seguridad social, la alusión constitucional al principio de solidaridad es directa y explícita en el artículo 48 de la Carta Política. Allí se consagra que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

.4 La Seguridad Social en Salud fue concebida en la Ley 100 de 1993 como un sistema destinado a regular el servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del

interés general. Para ello, el Estado debería crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, ampliando progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud y garantizando la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del país. Obligación ésta que en los términos de los artículos constitucionales 48 y 49 no sólo corresponde al Estado en la medida en que el beneficiario del servicio no cuente con los recursos necesarios para sufragarlos, sino igualmente a toda persona en la medida en que debe procurar el cuidado integral de su salud.

Ahora bien, en desarrollo de las citadas disposiciones, se expidió la Ley 100 de 1993, en cuyo artículo 1º se señala que el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan. Mientras que el artículo 2º ibídem dispone que el servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Principios éstos, en particular los de solidaridad, universalidad y participación, que desarrollan los postulados fundamentales del Estado social de derecho, así como las finalidades que le son propias, de conformidad con los mandatos contenidos en los artículos 1º, 2º y 95 constitucionales.

En el ámbito del Sistema de Seguridad Social en Salud, el principio de solidaridad inspira la configuración y funcionamiento del régimen subsidiado en salud, el plan obligatorio de salud, y el Fondo de Solidaridad y Garantía. En efecto, el Sistema de Salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional, con capacidad económica o sin ella, de tal manera que permita a todas las personas el acceso a los servicios de salud.

Este plan busca garantizar la protección integral de las familias a la maternidad y la enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías. Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica; mientras que para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el plan obligatorio del sistema contributivo (art. 162 de la ley 100/93).

Ahora bien, el régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la ley (art. 211 ibídem), cuyo propósito es financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar (art. 212). Dicho régimen se financia con recursos provenientes, entre otros, del Fondo de Solidaridad y Garantía, una de cuyas subcuentas independientes corresponde a la solidaridad del régimen de subsidios en salud.

.5 El compromiso de las instituciones de seguridad social no alcanza a configurar una obligación de resultado, pero es lo suficientemente amplio como para comprender la realización de las acciones encaminadas a procurar en lo posible la recuperación del paciente o a disminuir sus dolencias. Por ello, la Corte ha destacado que esas instituciones asumen “un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso como un derecho conexo con la vida”.<sup>6</sup>

Una de las hipótesis en que los derechos a la seguridad social y a la salud cambian su carácter programático, e involucran el poder para exigir del Estado el derecho a la atención, es la del afiliado a una entidad de seguridad social. Empero, en ese caso, para que los derechos a la seguridad social o a la salud se consideren como derechos fundamentales, es necesario que cumplan los presupuestos destacados por la jurisprudencia de la Corte<sup>7</sup>: “primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.”

.6 Ahora bien, como lo ha precisado esta Corporación,<sup>8</sup> el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.

La seguridad social en el ámbito de la salud como servicio público esencial, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución, representa el deber que tiene el Estado de garantizar en forma efectiva, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el acceso a los servicios de salud, con el propósito de mantener o recuperar la salud de las personas y evitar el menoscabo de la capacidad económica de la población.

La seguridad social como actividad privada de interés público, en desarrollo de lo previsto en el artículo 335 de la Carta, se proyecta al conjunto de beneficios opcionales y voluntarios que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad, cuya financiación se surte de manera exclusiva con los recursos de los particulares, diferentes a los aportes obligatorios que éstos deben hacer a la seguridad social.

En principio la ley 100 de 1993 desarrolla tales actividades o servicios bajo el concepto de complementarios en su artículo 169. Por su parte, los artículos 18 y 19 del decreto 806 de 1998 asumen una descripción más amplia al denominarlos adicionales, incluyendo dentro de la categoría el concepto de complementario más acorde con el concepto general de “interés público” previsto en el artículo 335 de la Carta. Disponen las normas referidas:

**“ARTICULO 18. DEFINICION DE PLANES ADICIONALES DE SALUD, PAS.** Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes serán de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un

servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

Estos planes serán ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras.”

ARTICULO 19. TIPOS DE PAS. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes PAS:

1. Planes de atención complementaria en salud.
2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.
3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

PARAGRAFO. Las entidades que ofrezcan planes adicionales deberán mantener su política de descuentos con el usuario mientras éste se encuentre vinculado a la institución, siempre que no se modifiquen las condiciones que dan origen al descuento.”

Ahora bien, no obstante el reconocimiento constitucional del principio de la solidaridad, es preciso manifestar que el Estado colombiano -que no es un Estado benefactor-, carece de los recursos suficientes para hacer efectivo, a plenitud, el acceso al servicio público esencial de la salud, por lo que es necesario, para garantizar la prevalencia del interés general, hacer uso adecuado y racional de los recursos destinados a la seguridad social en salud en aras de permitir que toda la población, pero en especial la más vulnerable, tenga acceso a las prestaciones mínimas en salud.

Como lo dispone el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se han de suministrar a todos los afiliados al sistema los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud en consonancia con la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema, sin olvidar, que los derechos individuales son relativos, en cuanto prima el bien común y la satisfacción del interés general, y que la solidaridad debe prevalecer como principio base de la salud y la seguridad social.

Finalmente, en cuanto a los recursos destinados a la seguridad social y a financiar la salud como recurso público a cargo del Estado, estos son limitados y deben manejarse razonablemente para beneficiar a la colectividad.

### 3.1.2 La conformación del Sistema General de Seguridad Social en Salud

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

a) El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte

económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador.

Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. El Gobierno Nacional previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido y su distribución entre el Plan Obligatorio de Salud y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación.

Corresponde a las Entidades Promotoras de Salud recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descontarán el valor de las Unidades de Pago por Capitación -U.P.C.- fijadas para el POS y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad.

b) El régimen subsidiado por su parte, es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la ley 100 de 1993.

Su propósito fundamental es financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, teniendo especial importancia dentro de este grupo, personas como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, entre otros.

El carácter del subsidio que podrá ser una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. Las personas que cumplan con los criterios fijados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como posibles beneficiarios del régimen de subsidios se inscribirán ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio.

De otra parte, el régimen subsidiado se financiará con los siguientes recursos: 15 puntos como mínimo de las transferencias de inversión social destinadas a salud; los recursos propios y aquellos provenientes de Ecosalud que los departamentos y municipios destinen al régimen de subsidios en salud; los recursos del situado fiscal y de las rentas cedidas a los departamentos que se requieran para financiar al menos las inversiones de segundo y tercer nivel del Plan de Salud de los afiliados al régimen subsidiado; los recursos para subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía, y el 15% de los recursos adicionales que a partir de 1997 reciban los municipios, distritos y departamentos como participaciones y transferencias por concepto del impuesto de renta sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana.

La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las EPS que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el POS.

c) El Fondo de Solidaridad y Garantía de que trata el artículo 218 de la ley 100 de 1993, se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estado de Contratación de la Administración Pública. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos.

Este Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud, y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

Según el artículo 220 ibídem, los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las UPS que le serán reconocidos por el sistema a cada EPS. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las UPC reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquellos sean menores que las últimas.

Además, los recursos de la solidaridad se destinarán a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables, los cuales se transferirán a la cuenta especial que deberá establecerse en los fondos seccionales, distritales y locales para el manejo de los subsidios en salud.

Por lo tanto, el Fondo de Solidaridad y Garantía tiene por objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, así como asegurar la eficacia del Sistema, atendiendo el expreso mandato legal -artículo 218 de la Ley 100 de 1993-, las obligaciones a cargo del Fosyga son limitadas, ya que sus recursos lo son igualmente.

Por ello, entiende la Corte que se alteran las reglas de juego iniciales establecidas por la ley,

cuando se exige que el Fondo de Solidaridad y Garantía asuma una serie de obligaciones que están excluidas de los respectivos regímenes, o cuando igualmente se impone a las EPS su asunción, no teniendo la capacidad económica ni los recursos para cubrir prestaciones, procedimientos o tratamientos que están por fuera del Plan, pues ello incide necesariamente en el equilibrio financiero de la EPS y del propio Sistema, y en especial en el cumplimiento adecuado y eficaz de las funciones a cargo del Fondo.

En consecuencia, cuando ese Fondo no recibe los giros y las transferencias correspondientes con los cuales pueda cumplir su objeto, cual es garantizar la eficacia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o cuando sus recursos son utilizados para cubrir tratamientos o procedimientos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se pone en grave peligro la solvencia y eficiencia del Sistema, al igual que los derechos fundamentales de todos y cada uno de los afiliados y los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general.

Así lo entendió la Ley 100 de 1993 al limitar los servicios de salud a los que la población en virtud del Plan Obligatorio de Salud, puede mediante determinación explícita, tener acceso. En efecto, el Sistema General de Seguridad Social en Salud creó las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional dirigido a garantizarles la protección integral de su salud, con algunas limitaciones, como el ámbito de aplicación de la ley. Así lo dispuso el parágrafo 2º del artículo 162 ibídem, al disponer que tales servicios serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del mismo.

En este sentido se pronunció igualmente la Corporación en la sentencia SU-480 de 1997, MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero, al afirmar que:

“Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. (...) Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud (art. 366 C.P.).

...

Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.

...

En conclusión, para la efectividad del derecho a la salud es vital el funcionamiento eficiente del sistema de seguridad social, por lo tanto, los preceptos relativos al funcionamiento del fondo de Solidaridad deben obedecerse y por ello todas las EPS sin excepción, deben cumplir

las funciones previstas en el numeral 5º del artículo 178 de la ley 100 de 1993.

Adicionalmente, el sistema también se encuentra alterado actualmente, en lo que específicamente corresponde a la SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD (...)

Es decir, los agentes que participan en el sistema son perjudicados por la alteración del equilibrio, luego para la efectiva protección de sus derechos (y en especial de los pacientes que instauraron las tutelas) habrá que dar órdenes tendientes a lograr y mantener el equilibrio debido, y, además, si el ISS ha incumplido, este aspecto no será extraño en el tema de si se puede o no repetir contra el Estado”.

De otra parte, el decreto 1938 de 1994 señaló el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema debe brindar a las personas, lo cual se logra mediante seis sub-conjuntos o planes definidos teniendo en cuenta la forma de participación de los afiliados: plan de atención básica en salud, plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, planes de atención complementaria en salud, atención en accidentes de trabajo y enfermedad profesional y atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

En relación con estos planes, teniendo en cuenta la materia que ocupa la atención de la Sala, se hará alusión únicamente del plan obligatorio de salud, con miras a resolver el problema jurídico planteado.

### 3.1.3 Del Plan Obligatorio de Salud.

#### a) Características principales

El Sistema General de Seguridad Social de Salud de que trata la ley 100 de 1993 en desarrollo de los artículos 48 y 49 constitucionales, crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001.

En efecto, el Sistema General de Salud creado por el constituyente de 1991 y desarrollado por el legislador en 1993, se estableció con el objetivo esencial de proteger la salud como derecho y servicio público esencial de todos los habitantes en Colombia. Y cada uno de éstos, en la medida en que debe estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de una cotización o a través del subsidio que se financia con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales, recibe un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, denominado Plan Obligatorio de Salud.

Cada persona, entonces, como titular de ese derecho -fundamental cuando están de por medio derechos inherentes, esenciales e inalienables para ella-, tiene la garantía constitucional y legal para exigir su efectividad, obviamente dentro de los límites y las restricciones propias de un Estado que como el colombiano, carece de los recursos indispensables para suministrar este servicio con cubrimiento y con condiciones plenas, pues el déficit fiscal y presupuestario por el que atraviesa hace que los recursos destinados a la salud sean insuficientes, tal como lo reconoció esta misma Corporación en la sentencia SU-480 de 1997.

Ahora bien, conforme al artículo 162 de la ley 100 de 1993 y a sus decretos reglamentarios,

el Plan Obligatorio está determinado por el conjunto de acciones en salud necesarias para una atención integral del individuo o la familia en las diferentes fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad general y la maternidad. Implica en principio, como prestación mínima, la atención médica, quirúrgica y farmacéutica que se estime necesaria de acuerdo con las posibilidades de tecnología y medicamentos existentes en el país. Para el caso del régimen contributivo, incluye como componentes especiales las prestaciones económicas por incapacidad derivada de la enfermedad general o la licencia de maternidad.

Para los afiliados cotizantes, según las normas del régimen contributivo, el contenido del POS que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud será el contemplado en el Decreto Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el POS será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores.

El decreto 1938 de 1994 en el literal b) del artículo 3º que definía el contenido del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, fue derogado por el artículo 7º del Decreto 806 de 1998, el cual dispone que la determinación de tales contenidos es competencia expresa y exclusiva del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

En cuanto a la responsabilidad que le asiste a las Entidades Promotoras de Salud por los contenidos que resulta necesario prestar por fuera de las regulaciones aprobadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se estipula en el parágrafo del artículo 28 del decreto 806 de 1998 que cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, quienes estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes (v. Decreto 806/98).

#### b) Alcances del Plan Obligatorio de Salud

Conforme a los contenidos de nuestra legislación, el Plan Obligatorio de Salud tiene como característica fundamental la de ser un Plan Integral en los términos del artículo 162 de la ley 100 de 1993, que debe permitir una protección “de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según su intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”.

En cuanto al diseño y conformación del Plan Obligatorio de Salud, es pertinente recordar que tanto el ingreso de las Entidades Promotoras de Salud (unidad per cápita y porcentaje para pago de prestaciones económicas) como sus correspondientes egresos (conjunto de beneficios a través del Plan Obligatorio de Salud, y reembolso de prestaciones económicas), son definidos de manera exclusiva por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, tal como lo dispone el artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, según el marco legal descrito, a las Entidades Promotoras de Salud les es

exigible el conjunto de prestaciones contenidos en el Plan Obligatorio de Salud y régimen de prestaciones económicas, de acuerdo con lo establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social, en armonía con las disposiciones legales. Precisamente, el artículo 9º del Decreto 806 de 1998 que incorpora disposiciones previstas en el derogado decreto 1938 de 1994, prevé, en términos generales, los lineamientos dentro de los cuales el Plan debe ser definido y por ende, garantizado por las Entidades Promotoras de Salud, con la precisión de que la condición de calidad se sujeta a la tecnología existente en el país y a las condiciones financieras del Sistema.

c) Limitaciones de las obligaciones a cargo de las Entidades Promotoras de Salud - Responsabilidades complementarias del Estado.

El Plan Obligatorio de Salud se constituye, entonces, en un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud, en armonía con la definición del Plan Obligatorio hecha por la autoridad competente, cual es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Cabe anotar que las Empresas Promotoras de Salud que operan en Colombia, cualquiera sea su naturaleza jurídica, deben garantizar la prestación de los servicios de salud en los términos concretos definidos en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, dentro de los cuales no se encuentran incluidos ciertos tratamientos, procedimientos, actividades y medicamentos, por no existir tecnología disponible en el país o por las condiciones financieras del sistema

Al respecto, la Resolución 05261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, establece en la actualidad las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud que deben garantizar las Entidades Promotoras de Salud dentro del régimen contributivo, que tienen algunas limitaciones por razón de los servicios requeridos, el número de semanas cotizadas, y en general, por aquellas que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Esas limitaciones están definidas, de una parte, por la exigencia al afiliado en el cumplimiento de un período mínimo de cotizaciones al Sistema, y de la otra, por la exclusión de ciertas actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud.

.1- De los períodos mínimos de cotización.

Particular importancia para el caso materia del presente fallo tiene la afiliación al Plan Obligatorio de Salud. De acuerdo con la ley, ésta ha de predicarse no de una determinada EPS, sino del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, el pago de la cotización por parte del afiliado o beneficiario, se hace es al Sistema, lo cual tiene implicaciones en el factor temporal de afiliación, en cuanto a los derechos que se tienen, según el tiempo de cotización, ya que hay unos períodos mínimos que influyen en la prestación de los servicios, como lo indica el artículo 26 del decreto 1938 de 1994:

“Artículo 26. De los períodos mínimos de cotización. Los criterios para definir los períodos mínimos de cotización al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:

Grupo 2. Máximo cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos MAPIPOS, como el grupo ocho (8) o superiores.

PARAGRAFO 1º Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera a las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de salud, prevención de la enfermedad, que se haga en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también el tratamiento inicial y la estabilización del paciente en caso de una urgencia.

PARAGRAFO 2º Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización por alguna enfermedad presente al momento de la afiliación desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.

PARAGRAFO 3º Cuando se suspende la cotización al sistema por seis meses continuos, se pierde el derecho a la antigüedad acumulada para efectos de los dispuesto en el presente decreto.” (Negrillas fuera de texto).

Estos períodos corresponden según la ley, al tiempo mínimo que debe cotizar un individuo, dentro del cual carece de derecho para reclamar el servicio o prestación. Los períodos de carencia pueden ser fijados de manera restrictiva en la ley o las disposiciones reglamentarias o determinados conforme a la libertad de las partes.

En concordancia con las limitaciones financieras del sistema y en aras de lograr una correcta financiación del plan de salud, se pueden establecer, en principio, periodos mínimos de carencia para tener derecho a la prestación de determinados servicios o el reconocimiento de prestaciones económicas (inciso segundo del artículo 164 de la ley 100), con la restricción, según la jurisprudencia constitucional, de que dichos períodos mínimos no se pueden exigir cuando estén de por medio derechos fundamentales.

En relación con esos períodos mínimos de cotización, ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional (entre otras, en la sentencia T-328 de 1998), que:

“Generalmente, porque toda relación contractual implica un interés económico, dicha legislación estableció una serie de condiciones y excepciones para la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud por particulares, con el fin de que no vieran afectado desproporcionadamente su patrimonio, pues existen dolencias humanas que, por razón de su gravedad, requieren tratamientos costosos y, en principio, es el Estado el principal obligado a asumirlos (artículo 49 de la Carta). Sin embargo, la solución dada por el legislador a este problema no fue la de excluir de la cobertura esas enfermedades, sino la de permitir su tratamiento sometido a ciertas condiciones, tales como el cobro de cuotas moderadoras,

copagos y el cumplimiento de un mínimo de semanas cotizadas al sistema, regulado directamente por la legislación<sup>9</sup>, también buscando que más personas se beneficien de los aportes hechos al régimen contributivo, lo cual solamente se logra introduciendo en la cobertura del plan obligatorio aquellas dolencias físicas de mayor ocurrencia y menor costo, como regla general, dejando como excepción aquellas que afectan a unos pocos y que tienen alto costo.

.....

El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria.

No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo”.

Por consiguiente, según lo ha dejado establecido la jurisprudencia de esta Corporación<sup>10</sup>, la aplicación estricta del Decreto 806 de 1998, relativo a la exigencia de cumplir un número mínimo de semanas cotizadas al Sistema para tener derecho a los tratamientos correspondientes a las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas, vulnera o amenaza los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quien lo requiere. Así lo indicó en la sentencia T-691 de 1998, al señalar que:

“En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que la aplicación sin contemplaciones del decreto 806 de 1998, reglamentario de la ley 100 de 1993, acogiendo los mandatos de su artículo 164, vulnera el derecho constitucional a la salud, en conexión con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento sometido a un mínimo determinado de cotizaciones al sistema cuando: 1.- la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; 2.- ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; 3.- el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie y 4.- el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento”.

.2 La exclusión de ciertas actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud.

Los artículos 13 y 18 del Decreto 806 de 1998 definen los criterios que se deben seguir cuando la Entidad Promotora de Salud haya de suministrar procedimientos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, o frente a los cuales la Unidad per Cápita -U.P.C.- no ha previsto su financiación, los cuales se plasman en el Manual de Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sobre cuyo alcance, el artículo 88 del Decreto 806 de 1998 dispone:

“Los contenidos y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud son los establecidos por el Acuerdo 8 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y desarrollados por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud hasta tanto dicho Consejo defina nuevos contenidos y exclusiones” y de acuerdo con el literal o del artículo 18 de la mencionada Resolución están excluidos del POS las “actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el presente Manual” (negritas y subrayas fuera de texto).

d) La prestación de servicios en el exterior para la protección de los derechos fundamentales y el Plan Obligatorio de Salud

Ahora bien, es procedente determinar qué ocurre cuando se presentan situaciones en las cuales se haga exigible el otorgamiento de prestaciones por fuera del Plan Obligatorio de Salud para proteger derechos fundamentales? Y qué ocurre cuando se refiere a tratamientos o medicamentos que deban suministrarse en el exterior?

Para resolver los interrogantes planteados, es necesario efectuar la revisión de las normas relativas a la prestación en el exterior de servicios médicos no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, así como de la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia.

\* La normatividad legal anterior a la expedición de la Ley 508 de 1999

.1 El Decreto 1650 de 1977 en su artículo 12 disponía que los servicios y prestaciones inherentes a los seguros sociales obligatorios se extienden y limitan al territorio nacional, salvo fuerza mayor o caso fortuito.

.2 La Ley 20 de 1987 en su artículo 1º modificó el artículo 12 del Decreto Ley 1650 de 1977, y estableció que los servicios y prestaciones inherentes a los seguros sociales obligatorios se extienden al territorio nacional. Igualmente dispuso que el Instituto de Seguros Sociales podía autorizar la atención de la salud de sus beneficiarios en instituciones del exterior cuya eficiencia esté científicamente acreditada, pero sólo para la realización de procedimientos que no se practicaran en el país, o cuando el riesgo sucediera en el exterior y no hubiese el tiempo necesario para el traslado a Colombia.

.3 Los decretos 1307 de 1988 y 237 de 1989, reglamentarios de la Ley 20 de 1987 fijaron el procedimiento mediante el cual se podía hacer la remisión al exterior:

(a) Según el art. 1º del Decreto 1307/88 el I.S.S. podrá autorizar la atención de sus beneficiarios en el exterior, solo para la realización de procedimientos que no se practiquen en el país;

(b) Según el numeral 5 del artículo 2º ibídem, para que proceda la remisión al exterior o el reconocimiento de los gastos de atención médica de “urgencias en el exterior”, se requiere,

fuera de la afiliación al I.S.S., estar al día en el pago de las obligaciones con el Instituto; haber cotizado un número mínimo de semanas; concepto favorable del Comité ad hoc de Remisiones al Exterior acerca de que el procedimiento no se practica en el país, todo conforme a los trámites que señala el reglamento;

(c) Según el artículo 6º del mismo decreto, el especialista tratante deberá determinar en primera instancia, la conveniencia y oportunidad de la remisión al exterior de los pacientes a su cargo, con sujeción estricta a lo dispuesto en el reglamento. Deberá dirigir su solicitud a la Subgerencia de servicios de salud o al Departamento Médico, según sea el caso de seccionales o Unidades programáticas de Naturaleza especial.

(d) Finalmente, según el artículo 3º del Decreto 237 de 1989, el reconocimiento y pago de servicios de salud prestados en el exterior procede, entre otros casos, “cuando se requiera un procedimiento médico que no se practique en el país y que de su aplicación se espere un beneficio significativo para la salud del paciente, y siempre que la remisión se hubiere efectuado con el cumplimiento de los requisitos establecidos en este decreto”.

.4 El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 en su parágrafo 2º señala que los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo de Seguridad Social en Salud, según los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del Sistema.

.5 El artículo 209 del Decreto Ley 1122 de 1999 “por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe”, derogó el artículo 12 del Decreto 1650 de 1977 modificado por la Ley 20 de 1987, que establecía que el Instituto de Seguros Sociales podría autorizar la atención de la salud de sus beneficiarios en instituciones del exterior y cuya eficiencia esté científicamente acreditada, solo para la realización de procedimientos que no se practiquen en el país, o cuando el riesgo suceda en el exterior y no haya tiempo necesario para el traslado a Colombia.

\* La jurisprudencia constitucional sobre remisión de pacientes al exterior

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido admitiendo en casos excepcionales la procedencia de la tutela para ordenar la remisión de pacientes al exterior, sean estos afiliados al Instituto de Seguros Sociales o a otras EPS, siempre y cuando esté comprobado que no exista tratamiento médico posible en el país. Así lo precisó, entre otras, en la sentencia T-395 de 1998, en la cual se afirmó que para la expedición de la orden de remisión al exterior se requiere: (1) convocar el Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior; (2) una decisión favorable de la Junta Médica que debe consistir básicamente en el reconocimiento y el señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y, (3) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país.

Igualmente, según la citada providencia, las aludidas normas no obstante ser anteriores a la Constitución de 1991 y aplicables tan sólo al Instituto de Seguros Sociales, mantienen su vigencia mientras no sean declaradas contrarias al ordenamiento superior por la Corte Constitucional, y se hacen extensibles a las demás Empresas Promotoras de Salud, pues

aunque de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el mismo Decreto 806 de 1998, las EPS sólo están obligadas dentro del POS a suministrar los procedimientos con la tecnología existente en el país y a suministrar los servicios en salud a precios en moneda colombiana, cuando estén de por medio derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana o la integridad física las EPS estarán obligadas a suministrarlos a la mayor brevedad y sin dilaciones. En tal caso, se les reconoce a éstas el derecho a exigir el reembolso de los gastos y sumas pagadas en exceso cuando dicho tratamiento, procedimiento o medicamento no esté incluido en el POS, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)<sup>11</sup>.

\* La Ley 508 de 1999, una nueva normatividad en relación con la prestación del servicio de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia

.1- El 29 de julio de 1999 se promulgó la Ley 508 de 1999, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo para los años de 1999-2002”, en cuyo artículo 37 se autoriza en situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, y previo el cumplimiento de los requisitos allí previstos, la prestación de los servicios de salud en el exterior por fuera del POS definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social, por limitaciones de la tecnología nacional, siempre que la atención en el país no sea posible. En dicho precepto se indica:

“Artículo 37. Concepto de ingreso bruto. Los recursos de la seguridad social, conforme con su destinación específica, no se podrán destinar a otros fines. El Gobierno Nacional determinará, para todos los efectos legales, el concepto de ingreso bruto de las entidades que integran el sistema de seguridad social en salud.

Con el objeto de evitar la desviación de recursos de la seguridad social y conductas de fraude, para efecto del trámite de reclamación de las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud de los afiliados, se establece que éstas se prestarán en el territorio nacional “conforme la tecnología apropiada disponible en el país” según se dispone en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta el principio previsto en virtud del cual la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes públicos y ocasionalmente de los particulares. Las EPS deben prestar el Plan Obligatorio de Salud dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.

En situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial que definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social, conforme su competencia, la prestación del servicio de salud por fuera del POS definido por ese organismo y obligatorio para todas las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza, en Colombia o excepcionalmente en el exterior, por limitaciones de la tecnología nacional, siempre que la atención en el país no sea posible, no se trate de tratamientos experimentales, que en ningún caso serán procedentes, y se ajusten a las situaciones y procedimientos que para el efecto reglamente el Consejo de Seguridad Social en Salud.

Para este efecto las prestaciones en el exterior se deberán otorgar por entidades acreditadas y debidamente adscritas al Sistema de Seguridad Social del país correspondiente. El Ministerio de Salud o, en su caso, la EPS conforme lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social, tendrán la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.

Parágrafo. El afiliado que requiera o adelante trámite para tratamientos, procedimientos o medicamentos por fuera del POS deberá demostrar que ha cumplido en forma plena y oportuna con sus obligaciones, conforme se dispone en las normas legales y reglamentarias. Es deber de las autoridades judiciales y administrativas velar por que esta disposición se cumpla como requisito para el ejercicio de los derechos, disponiendo las medidas que garanticen por parte del usuario el pago de las sumas que le corresponda cancelar” (negritas y subrayas fuera de texto).

.2- La ley del plan contiene normas destinadas a permitir que se cumplan los objetivos y las metas señaladas en la parte general y que efectivamente se adelanten las inversiones previstas en la programación de las inversiones públicas. Esto deriva de una cualidad especial de la ley del plan, pues, según la Carta, “sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución” por lo cual es perfectamente natural que en estas leyes se incluyan normas instrumentales, esto es, disposiciones que permitan la puesta en marcha del plan de desarrollo. Dicha ley, contiene esencialmente las pautas generales que se deben seguir para el manejo de la economía nacional en el mediano y largo plazo, las metas y objetivos que el Ejecutivo se propone alcanzar durante el período correspondiente, y la definición de prioridades.

Ahora bien, en relación con la normatividad que está contenida en la ley del plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas, es pertinente destacar que la Constitución en su artículo 341 le reconoce una jerarquía superior frente a las demás leyes, al preceptuar que “el plan nacional de inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes”.

Al respecto, ésta Corporación en la sentencia C-015 de 1996, MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, reconoció la especial jerarquía que tiene la ley del plan de desarrollo frente a las demás leyes, al señalar que:

“Consecuencia necesaria de la trascendencia que la Constitución confiere al Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones Públicas es la superior jerarquía de la ley por medio de la cual se adopta sobre las demás leyes. La obligatoriedad del Plan no cobija tan sólo a quienes ejecuten las políticas en él trazadas sino que vincula de manera expresa al legislador, no únicamente en lo relativo a la expedición de las leyes anuales de presupuesto sino, en términos generales, en lo relativo a todas las normas que apruebe.

Como lo señala de modo expreso la Constitución, los mandatos contenidos en la Ley del Plan constituyen mecanismos idóneos para la ejecución de las leyes y suplirán los existentes, sin necesidad de la expedición de leyes posteriores. En ese orden de ideas la jerarquía superior de dicha Ley implica la necesaria adaptación de la normatividad que la precede a sus dictados.

(...)

Ahora bien, la obligatoriedad del Plan para el legislador no significa su carácter irreformable, pues el Congreso no pierde la competencia para introducir los cambios que estime pertinentes mediante una ley que cumpla los requisitos de la inicial, según la Carta Política y la correspondiente Ley Orgánica, siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero, tal

como lo estatuye el artículo 341 de la Constitución” (negritas fuera de texto).

En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-032 de 1996, MP. Dr. Fabio Morón Díaz, al expresar que:

“No hay duda entonces que existe una inescindible relación entre los fines que persigue la ley del Plan Nacional de Desarrollo y la reorganización del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, dentro de los términos consagrados en los artículos 339 y 341 de la C.P., y especialmente el inciso de este último que señala inequívocamente:

“El plan nacional de inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores....”

Igualmente, la Corte Constitucional en la sentencia C-254 de 1996, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiteró la prelación que la ley del plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas tiene sobre las demás leyes, al señalar que:

“El plan nacional de desarrollo se consagra en una ley que, como todas, debe sujetarse a la integridad de la Constitución. Los programas que conforman el plan de inversiones públicas, por lo tanto, no pueden violar el artículo 355 de la C.P., ni ninguna otra norma de la misma. Como quiera que las leyes anuales de presupuesto deben corresponder al plan nacional de desarrollo, en éste no pueden contenerse propósitos, objetivos, programas y proyectos que contraríen los mandatos constitucionales y, en el evento de hacerlo, inexorablemente perderá poder vinculante.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el plan nacional de inversiones tiene prelación sobre las demás leyes y que sus prescripciones constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores” (negritas y subrayas fuera de texto).

.3- De conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, es indudable que se establece una jerarquización entre las leyes, tanto por su especialidad, por el procedimiento que se exige para su aprobación, por su origen, o por el mismo reconocimiento que el texto constitucional hace de algunas de ellas, el cual aparece evidente en el artículo 341 de la Carta Política que establece la prelación de la ley del plan nacional de inversiones sobre las demás leyes. Lo mismo ocurre con otros preceptos superiores que reconocen, la prioridad del gasto social y la sujeción de la actividad legislativa a las leyes orgánicas (artículo 151 CP.).

Por consiguiente, es indudable que la Ley 508 de 1999, aprobatoria del plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas, prevalece sobre la Ley 100 de 1993.

En efecto, la Ley 508 de 1999, como ya se anotó, contiene el plan nacional de desarrollo, el cual a su vez está conformado por una parte general y por un plan de inversiones públicas. Esta ley, constitucionalmente, posee un “plus”, que le otorga una prevalencia o superioridad

sobre las demás leyes, entendiendo, que, sin embargo, la misma Carta Política reconoce expresamente la primacía de algunas leyes, como las orgánicas y las estatutarias, a las que dichas aquellas estarían subordinadas.

Mientras que la Ley 100 de 1993, expedida por el Congreso en ejercicio de la cláusula general de competencia, ostenta una naturaleza de ley ordinaria, en cuanto no tiene requisitos especiales para su expedición y vigencia, y regula situaciones generales, de manera impersonal, obligatoria y abstracta. En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-408 de 1994 determinó que el desarrollo de las materias de las que se ocupaba la ley 100 de 1993, eran propias de la actividad ordinaria del legislador, en cuanto no se ocupaban de aspectos pertenecientes al núcleo esencial de los derechos fundamentales de las personas, que fueran por consiguiente objeto de regulación a través de una ley estatutaria. Sobre el particular, anotó la sentencia:

“Revisados los contenidos de la Ley 100 se observa que entre ellos no existen regulaciones que amplíen o limiten los contenidos de su núcleo esencial, que pudieran hacer parte de la Constitución, sino que, se aprecian en ella elementos que haciendo parte de ese derecho fundamental, por su carácter reglamentario pueden ser objeto de las competencias propias del legislador ordinario.

(...)

Es claro para la Corte que esta normatividad sobre la seguridad social, no debe ser objeto de reglamentación mediante la vía legal exceptiva de las leyes estatutarias por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que quiso el constituyente someter a dicha categoría legal, por tratarse de elementos de tipo asistencial que provienen, en oportunidades, de la existencia de una relación laboral, y en otras, de la simple participación en el cuerpo social, y derechos gratuitos en oportunidades y onerosos en la mayoría de los casos (...) Y así lo declarará esta Corte, rechazando el cargo por razones de forma, planteado en la demanda contra la Ley 100, según el cual los contenidos de ésta imponían su expedición mediante el trámite de leyes estatutarias” (negritas y subrayas fuera de texto).

En ese orden de ideas, es indudable el carácter prevalente que la propia Constitución le reconoce a la ley del plan de desarrollo, sobre las demás leyes. En consecuencia, la Ley 508 de 1999, que en su artículo 37 reguló lo relativo a la prestación de servicios de salud en el exterior por fuera del POS, modificó la normatividad existente hasta la fecha, incluida aquella contenida en la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 806 de 1998.

Sobre el particular, debe aclararse que los análisis que con el fin de resolver el presente caso hace la Corte en relación con la Ley 508 de 1999, se entienden sin perjuicio del control constitucional que en virtud de la acción pública, se ejerza contra esta normatividad con efectos erga omnes.

.4- Resaltada la prevalencia de la normatividad contenida en la ley 508 de 1999, de su contenido se pueden extraer los siguientes parámetros generales que son aplicables para todos aquellos tratamientos, procedimientos y medicamentos que deban prestar las EPS a sus usuarios o afiliados en forma excepcional en Colombia y en el exterior, aunque estén por fuera del POS:

(1) Las prestaciones en el exterior: beneficio excepcional.

El Plan Obligatorio de Salud que deben garantizar las Entidades Promotoras de Salud es en principio, exclusivamente el fijado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme la tecnología disponible en el país. Corresponde al Gobierno la reglamentación de las prestaciones que deban ser otorgadas por fuera del P.O.S. en Colombia o en exterior.

(2) Beneficios excepcionales por fuera del P.O.S. otorgados en el exterior.

Se fija como competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social la determinación del trámite, las situaciones y procedimientos que se deben cumplir para el otorgamiento de prestaciones en el exterior no incluidas por su naturaleza en el Plan Obligatorio de Salud definido por las disposiciones legales, para aquellos casos excepcionales en que se encuentra de por medio el derecho constitucional fundamental a la vida.

(3) Beneficios excepcionales por fuera del P.O.S. otorgados en Colombia.

Se fija como competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social la determinación del trámite, las situaciones y procedimientos que se deben cumplir para el otorgamiento de prestaciones en Colombia no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, para aquellos casos excepcionales en que se encuentra de por medio el derecho a la vida.

(4) Determinación de la Institución Prestadora de Servicios de Salud frente a prestaciones que por excepción sean autorizadas en el exterior.

Corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social determinar la entidad que en el exterior se debe hacer cargo del procedimiento o prestación, cuando éste por sus características no se encuentra previsto en el Plan Obligatorio de Salud. Es competencia del Consejo delegar dicha responsabilidad en el Ministerio de Salud o en las Entidades Promotoras de Salud, tanto en el régimen subsidiado como en el régimen contributivo.

(5) Deberes de los usuarios.

Se establece una regulación especial frente al usuario, en la medida en que se le exige "demostrar que ha cumplido en forma plena y oportuna con sus obligaciones, conforme se dispone en las normas legales y reglamentarias" para poder reclamar prestaciones por fuera del POS, bien se trate de realización en Colombia o en el exterior.

En forma complementaria, se impone como deber de las autoridades judiciales y administrativas velar porque ésta disposición se cumpla como requisito para el ejercicio de los derechos, exigiendo la aplicación de las medidas que garanticen por parte del usuario el pago de las sumas que le corresponda cancelar. En este sentido, se evidencia la necesidad de que el Consejo Nacional de Seguridad Social reglamente los pagos que en estos eventos debe realizar el usuario, en cuanto el régimen de cuotas moderadoras y copagos es de su resorte legal. Así, es deber del usuario acreditar su falta de capacidad de pago para asumir las prestaciones por fuera del Plan Obligatorio con sus propios recursos, negativa que debe valorar el juez a la luz de esta disposición para denegar la tutela en caso de no recibir

colaboración.

Al respecto, no se puede olvidar que en estos casos las Entidades Promotoras de Salud actúan por cuenta integral del Estado al cubrir prestaciones por fuera de los límites legales de su operación, y por consiguiente, a juicio de la Corte, a la imposición de una responsabilidad a la Entidad Promotora de Salud que excede los límites contractuales y legales, mal se le puede agregar la carga de efectuar el correspondiente cobro al usuario, siendo entonces el Estado el titular directo de las correspondientes acciones judiciales de cobro de las sumas que corresponde asumir al usuario.

(6) La fuente de recursos.

De conformidad con la ley las prestaciones por fuera del Plan Obligatorio deben ser financiadas con cargo a las fuentes que alimentan los correspondientes regímenes contributivo, subsidiado o de vinculados. Por esta razón, debe guardarse especial cuidado en el otorgamiento de estos beneficios, en la medida en que su costo puede comprometer la viabilidad del sistema dadas las altas sumas comprometidas. Es así que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud debe examinar si se presentan o no excedentes que permitan financiar esta clase de prestaciones, cumplida la función primaria de financiar en forma correcta tanto la Unidad Per Cápita -U.P.C.- en los diferentes regímenes, como las prestaciones económicas frente a la población con derecho a ella. Esto, por cuanto si llegare a faltar financiación, sería necesario lograr la máxima racionalización en las prestaciones y el aumento de recursos de origen fiscal, considerando que el deber primario en esta materia es del Estado, como garante del servicio público.

(7) Derecho al reembolso y población beneficiaria.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, los servicios de salud incluidos en el POS que deben prestar las EPS serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.

Dicho Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha fijado un Plan Obligatorio de Salud en el cual ha señalado limitaciones en el listado de medicamentos y de procedimientos, en armonía con los recursos asignados a cada régimen de salud.

Entonces, resulta claro e indiscutible que por mandato legal, por la naturaleza del contrato, por las limitaciones de los recursos destinados a la salud, por la prevalencia del interés general y por la efectividad del principio constitucional de la solidaridad, la prestación de los servicios de salud es limitada en cuanto a las condiciones financieras del sistema y a la tecnología existente en el país.

Sin embargo, cuando se trata de la prestación de algunas actividades, intervenciones, procedimientos y tratamientos que en virtud de lo dispuesto en los artículos 13, 18 y 88 del Decreto 806 de 1998, están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, surge el interrogante sobre quién está llamado a asumirlas.

De acuerdo con las normas citadas, en particular las establecidas en el Título III de la Ley 100

de 1993, las EPS están obligadas a garantizar sólo los servicios de salud en los términos de la ley y sus decretos reglamentarios. En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo establecido y estipulado implique el derecho al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes. No constituye un “seguro del co-contratante” contra déficits de la explotación y negligente administración, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes.

No obstante, según la jurisprudencia que venía sosteniendo esta Corporación hasta antes de la expedición de la Ley 508 de 1999, tratándose de servicios de salud excluidos del POS, las normas legales son inaplicables cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida. En estos eventos, según la Corte<sup>12</sup>, las EPS deben repetir contra el Estado-Fosyga el valor de los procedimientos y medicamentos que deban ser suministrados por fuera del POS, con el correlativo derecho a exigir el reembolso de tales sumas. Así lo expresó la Corte en sentencia T-796 de 1998, MP. Dr. Hernando Herrera Vergara, al señalar:

“En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las personas, ha llevado a una situación en virtud de la cual, por dar cumplimiento al objetivo fijado por el constituyente en relación con el derecho a la salud y su conexidad con derechos como la vida y la dignidad humana, y su garantía a todas las personas a través del plan de atención básico en salud -POS-, las Empresas Promotoras de Salud se han visto en la obligación de garantizar la realización de intervenciones, el otorgamiento de medicamentos y otras prestaciones, a pesar de estar expresamente excluidas de dicho plan, todo ello, como se indicó, por dar cabal aplicación a la garantía constitucional de los derechos fundamentales. Claro está, la Corporación siguiendo las normas superiores y legales, ha reconocido en estos casos el derecho que las EPS tienen a que el Estado, por intermedio del Fosyga, les reembolse oportunamente las sumas que deban cancelar para atender el tratamiento, intervención o medicamentos cuando estén excluidos del plan”.

Sin embargo, la situación cambia sustancialmente a partir de la promulgación de la Ley 508 de 1999, cuyo artículo preceptúa que en casos excepcionales cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial, la prestación del servicio de salud por fuera del Plan Obligatorio de Salud definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y de imperioso cumplimiento para todas las EPS, cualquiera sea su naturaleza y lugar de realización, en Colombia o en el exterior.

Por consiguiente, a partir de esta ley y mientras el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (artículo 37 inciso 3º de la Ley 508 de 1999) no defina el trámite a seguir para la prestación de servicios de salud por fuera del POS en el exterior, la persona que reclama la prestación del servicio una vez acredite la certificación médica del profesional tratante adscrito a la EPS a la que se encuentre afiliada, sobre la circunstancia de que la actividad, el procedimiento o la intervención que requiere se encuentra por fuera del POS y que está de

por medio su derecho a la vida; que no se trata en su caso de un tratamiento experimental y que la atención en el país no es posible, deberá acudir ante el Ministerio de Salud para que éste, atendiendo a los criterios y reglas que fije el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, imparta la orden para que con los recursos del Estado-Fosyga se ordene la prestación del servicio por entidades acreditadas y debidamente adscritas al Sistema de Seguridad Social en Salud del respectivo país. Corresponde al citado Ministerio o en su caso a la EPS, la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se atenderá el procedimiento, con cargo a los recursos del Fondo.

En consecuencia, debe señalar esta Corporación en relación con las solicitudes de remisión que se produzcan en adelante, las siguientes conclusiones:

a) Corresponde al Estado, como directamente responsable de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la obligación de asumir los procedimientos, intervenciones, medicamentos y demás gastos que demanda el tratamiento que el afiliado requiere para la recuperación de su salud.

b) El Estado, a través del Ministerio de Salud -o en su caso la EPS conforme lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social-, podrá, una vez efectuada la respectiva evaluación y obtenidos los resultados de los exámenes realizados al paciente y determinada la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento, y antes de su remisión, exigir a la EPS a la que se encuentre afiliado para que ésta proporcionalmente asuma el pago de lo que costaría un tratamiento similar, si este existiere, que se hubiera podido realizar en Colombia conforme a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud para la correspondiente patología.

c) El Ministerio de Salud, previamente a la remisión del paciente al exterior, deberá disponer de los recursos a través del Fosyga con los cuales se cancelarán los gastos de traslado, intervenciones, procedimientos y otros a practicarle al paciente, así como la entidad que en el exterior se deberá hacer cargo del procedimiento; recursos que se adicionarán a los que la EPS proporcionalmente deberá asumir en las condiciones mencionadas en el literal anterior.

d) En el caso de la población vinculada, la responsabilidad y coordinación en cuanto al otorgamiento de prestaciones por fuera del POS, se debe efectuar a través de la red pública de prestadores y sus correspondientes fuentes de financiación.

3.1.4 Parámetros legales que se deben tener en cuenta en relación con el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia - Modificación de la jurisprudencia vigente.

a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.

b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).

c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.

d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.

e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.

De esta forma, no corresponde al juez de tutela, dado el carácter excepcional de éste medio de defensa judicial, ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución, sino que, ante la inexistencia de otro medio de protección de carácter judicial, o frente a una situación de perjuicio irremediable que exija un amparo inmediato para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la persona, se lleve a cabo en caso de existir oferta y de cumplirse las condiciones ya señaladas y las que dentro de su competencia corresponda definir al Consejo Nacional de Seguridad Social. Entonces, el juez de tutela deberá siempre consultar los términos y condiciones en que el procedimiento se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales del usuario.

f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita.

g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

h) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales.

i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.

De otra parte, la preservación de los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado social de derecho, impone tanto al juez de tutela, cuando se acuda a este mecanismo para obtener la defensa del derecho a la salud y por conexidad a la vida, como a las autoridades gubernamentales, representadas por el Ministerio de Salud a través del

Fondo de Solidaridad y Garantía, el deber de solicitar a las autoridades o al afiliado la remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la imposibilidad de pago. Es que no puede olvidarse que en estos supuestos, se están utilizando los recursos de la sociedad, limitados y normalmente escasos, con riesgo al equilibrio del sistema mismo de seguridad social en salud.

Finalmente, no sobra reiterar que conforme a la Constitución Política, la protección del derecho a la vida incumbe no sólo al Estado, o a la organización que éste establezca, según el sistema acogido, sino también a la sociedad y a los propios titulares del derecho fundamental.

j) Todos los procedimientos o exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar el principio de la territorialidad del sistema.

### 3.1.5 Conclusión

No puede desconocerse que la remisión de pacientes al exterior aunque pueda convertirse en una posibilidad que les permita a éstos la recuperación de su salud o al menos la prolongación de su vida, en la medida en que los tratamientos y procedimientos que habrán de ser practicados en el exterior implican costos muy elevados, y que los recursos del Estado para responder con su obligación de proporcionar a todos los habitantes del territorio nacional los servicios de salud son limitados, pone en grave riesgo el acceso de la población a los servicios de salud, así como la garantía y la defensa de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social. Por ello, el legislador, en la Ley 508 de 1999, estableció una serie de requisitos que son de ineludible y obligatorio cumplimiento, para acceder a los servicios de salud excluidos del POS en Colombia y en el exterior cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida, que se convierten en necesarios para garantizar los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general, así como los específicos que rigen el sistema de seguridad social en salud -la eficiencia, universalidad y solidaridad-.

No cabe duda para la Corporación que si los elementos de la territorialidad y de la capacidad financiera no son tomados en cuenta por el juez de tutela para adoptar órdenes dirigidas a la protección del derecho a la salud, se hace imposible que el Estado pueda cumplir con su obligación constitucional de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional su salud y seguridad social, y en conexidad, su vida, dignidad y mínimo vital.

Finalmente, debe reiterarse que la acción de tutela es un medio de defensa judicial de los derechos constitucionales fundamentales, establecido por el artículo 86 de la Carta Política, cuando estos son vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o por los particulares, que ostenta una naturaleza eminentemente subsidiaria y residual, por lo que solamente procede cuando no existe otro mecanismo de protección judicial, o para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso es viable la tutela como mecanismo transitorio. Para el caso de derechos como la salud o la seguridad social, que pretende el actor le sean amparados a través de este medio de amparo judicial, será procedente la tutela cuando estén en conexidad con un derecho fundamental, como el de la vida o la integridad física, y siempre y cuando no se trate de resolver cuestiones contractuales, pues para ello existen otros mecanismos de protección<sup>13</sup>.

#### 4. Examen del caso concreto

.1- En el caso sub lite, como se evidenció, no es posible efectuarle el transplante de médula que requiere el menor Alejandro Moreno con los medios tecnológicos que existen en Colombia según las certificaciones remitidas por los médicos tratantes y por los directores de las clínicas y hospitales que practican transplantes de médula ósea en Colombia.

En consecuencia, existe una cesación de la actuación impugnada, pues lo que se pretendía mediante el ejercicio de la acción de tutela -la remisión de Alejandro Moreno al exterior para que le efectuaran el transplante de médula ósea con donante no relacionado-, ya se llevó a cabo, por lo que por este aspecto, habrá de confirmarse el fallo que se revisa.

.2- Debe la Corte hacer referencia a la solicitud formulada por la accionada en cuanto al derecho que tiene, siguiendo las orientaciones jurisprudenciales vigentes, a repetir proporcionalmente contra la Nación-Ministerio de Salud el valor de las prestaciones que debió cancelar por la remisión al exterior del menor Alejandro Moreno.

Con las precisiones efectuadas en el acápite anterior en relación con el trámite que a partir de la expedición de la Ley 508 de 1999 (artículo 37) debe seguirse para ordenar la remisión al exterior de un afiliado al sistema de salud cuando el procedimiento o el tratamiento que requiere no se practique en Colombia, así como con la aplicación de la jurisprudencia de la Corporación que ha reconocido el derecho que tienen las Empresas Promotoras de Salud de repetir contra el Estado el valor de los procedimientos y medicamentos que deban ser suministrados por fuera del Plan Obligatorio de Salud, y teniendo en cuenta el momento de interposición de la acción de tutela por parte del señor Alejandro Moreno Alvarez, se revocará el fallo que se revisa, y se dispondrá el reconocimiento al derecho que tiene la EPS Salud Colmena al reembolso de dichos costos. Ello, además, con la finalidad de mantener el principio del equilibrio financiero de las entidades prestadoras y del Sistema en su conjunto, y de garantizar los principios constitucionales.

.3- Ahora bien, para la Corte, con fundamento en la jurisprudencia que se ha trazado en esta providencia, si el procedimiento no se ha efectuado debe directamente el Estado a través del Fosyga asumir el pago de su parte y la EPS la suya. Empero, si como ocurre en el asunto materia de revisión, el paciente -el menor Alejandro Moreno Parra- ya fue remitido al exterior y se le está realizando en la actualidad el transplante de la médula, y la EPS -Salud Colmena S.A.- ya canceló los gastos para la remisión al exterior, debe el Ministerio de Salud a través del Fosyga, reembolsarle a aquella dichos gastos en el término de diez días contados a partir de la formalización de las cuentas de cobro correspondientes, descontando la suma equivalente al costo que había asumido la EPS, en caso de haber sido viable el transplante "autólogo" de médula ósea en Colombia, sin tener que acudir para ello ante la jurisdicción ordinaria.

Sobre el particular, cabe señalar que el representante de la E.P.S. Salud Colmena manifestó al juez de tutela que esta entidad no puede asumir el costo del tratamiento requerido por el menor y en consecuencia no autoriza la realización del transplante de médula ósea con donante no relacionado en el exterior; sin embargo, el mismo funcionario, teniendo en cuenta que está de por medio el derecho a la vida del niño, expresa que la entidad está dispuesta a asumir el valor que corresponde al tratamiento previsto en la Resolución

5261/94, en la que se contempla el tratamiento para médula ósea con donante relacionado que es el que se efectúa en el país. Que es precisamente el valor que deberá asumir directamente la EPS y a cuyo reembolso no tendrá derecho.

.4- Finalmente, es necesario hacer algunas precisiones en cuanto a la posibilidad que tendría el Fondo de Solidaridad y Garantía de cobrar al accionante de tutela en su calidad de usuario del régimen contributivo de seguridad social en salud, aquellas sumas que debía éste cancelar proporcionalmente conforme a su capacidad socioeconómica, por el tratamiento y demás intervenciones practicadas a su hijo en el exterior, por estar excluidos del POS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, las enfermedades de alto costo, o también denominadas catastróficas o ruinosas, están sometidas, para que el usuario o afiliado tenga derecho a la atención en salud, al cumplimiento de unos períodos mínimos de cotización, que cuando no se acrediten, imponen a éste el pago de un porcentaje del valor total del tratamiento. Igual ocurre cuando se trata, como en el presente caso, de enfermedades, medicamentos o patologías excluidas del POS, que deberán ser asumidas por el usuario, según su capacidad socioeconómica.

En consecuencia, lo que no esté cubierto en principio por el POS, bien por no reunirse el número mínimo de semanas de cotización, o por tratarse de una actividad, procedimiento, intervención o medicamento que se encuentre excluido del POS, debe asumirlo el usuario o afiliado en los términos señalados. Sin embargo, si la persona acredita, mediante un balance certificado por contador, o a través de la declaración de renta o del certificado de ingresos, no poder asumir el pago de aquellas prestaciones que no estén cubiertas por el POS a título de copago por falta de recursos, deberán ser atendidos él o sus beneficiarios por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato, las cuales tendrá derecho a cobrar una cuota de recuperación, de acuerdo a las normas vigentes.

Ahora bien, en el caso en que el usuario no logre acreditar la falta de capacidad económica, deberá, de conformidad con la ley, asumir una parte del costo del tratamiento, medicamento o procedimiento, según su capacidad socioeconómica, para lo cual, a juicio de la Corporación, se deberá tener en cuenta, aquella parte de los ingresos que se pueden tomar del flujo de ingresos mensuales del usuario, sin menoscabar aquellos destinados a vivienda, educación, seguridad social (aportes para salud y pensiones), y demás elementos que permitan asegurar una subsistencia digna, como la alimentación y el vestuario.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, aparece acreditado en el expediente mediante escrito debidamente sustentado con los recibos y facturas correspondientes (que demuestran que en la actualidad el actor tiene varias obligaciones y créditos hipotecarios, y que dentro de sus gastos mensuales están el pago de matrículas educativas, pagos de servicios públicos y otros), que el peticionario no dispone de los ingresos mensuales suficientes para asumir los procedimientos médicos que demanda en el exterior la atención y la recuperación de su hijo, a quien se le efectúa un transplante de médula ósea. Por lo que, dada su capacidad socioeconómica, no está en posibilidad objetiva de asumir tales costos.

Lo razonable es que si en cumplimiento de las normas legales, al usuario se le va a exigir

que, en razón de su capacidad socioeconómica, asuma el pago de una parte del costo de los servicios, tratamientos o procedimientos suministrados, excluidos o no cubiertos por el POS, deben fijarse por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud unos parámetros objetivos, claros y expuestos, para determinar el porcentaje que el usuario deberá asumir, el tope máximo a pagar, las condiciones y los términos para realizar el pago diferido del mismo, así como los requisitos que debe cumplir el Fondo de Solidaridad y Garantía para exigir la cancelación de esas sumas. Con lo cual se evitará que el Estado incurra en arbitrariedad frente a los usuarios del sistema de salud, al quedar debidamente precisadas y determinadas las condiciones y los requisitos para exigir al usuario el pago proporcional de tales sumas.

Por consiguiente, en la medida en que hasta la fecha y con fundamento en el artículo 37 de la Ley 508 de 1999, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud no ha expedido la reglamentación del régimen de copago y de cuotas moderadoras para las prestaciones, procedimientos, medicamentos y tratamientos que están por fuera del POS, en aras de garantizarle al usuario, y en el caso sub examine al peticionario, su derecho fundamental al debido proceso, no podrá imponérsele, en cuanto no existe dicha regulación, el pago proporcional del valor de los tratamientos suministrados en el exterior al menor Alejandro Moreno Parra. En este sentido, la Corte hará un llamado a prevención al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para que, en un término prudencial, no superior a los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a expedir la reglamentación del régimen de copago y de las cuotas moderadoras para los procedimientos, prestaciones, tratamientos y medicamentos que estén por fuera del Plan Obligatorio de Salud. Una vez expedida dicha reglamentación, el Fondo de Solidaridad y Garantía podrá exigir al usuario del Sistema de Salud el pago del costo de los servicios de salud suministrados por fuera del POS, en proporción a su capacidad socioeconómica.

### III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### R E S U E L V E :

Primero. CONFIRMAR parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá el 16 de abril de 1999, por las razones expuestas en esta providencia, en cuanto concedió la tutela instaurada por Alejandro Moreno Alvarez contra Salud Colmena EPS y el Ministerio de Salud.

Segundo. DECLARAR que la Empresa Promotora de Salud COLMENA SALUD tiene derecho a repetir proporcionalmente contra el Ministerio de Salud - Fondo de Solidaridad y Garantía, para que éste le reembolse el valor del tratamiento suministrado en el exterior al menor Alejandro Moreno Parra, incluyendo los procedimientos, medicamentos, gastos de traslado y otros, con descuento de la suma equivalente al costo que debió asumir SALUD COLMENA en caso de haber sido viable el trasplante autólogo en Colombia, sin tener que acudir para ello ante la jurisdicción ordinaria.

Tercero. Para dar cumplimiento a lo preceptuado en el numeral anterior, el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud -Fosyga- dispone de un término de diez (10)

días contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas.

Quinto. El Juez de instancia verificará el estricto cumplimiento de lo dispuesto en esta providencia, y tomará las medidas adecuadas para ello.

Sexto. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cfr. Corte Constitucional. Ver entre otras, las sentencias T-102 de 1998 y T-560 de 1998.

2Al respecto pueden consultarse las sentencias T-108 de 1993, T-207 de 1995 y T-042 de 1996.

3 Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-597 de 1993.

4 Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-271 de 1995.

5 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-005 de 1995.

6 Ibídem.

7 Corte Constitucional, sentencia No. T-290 de junio 21 de 1994. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-165 de 1995

9 Artículo 26 del decreto 1938 de 1994.

10 Corte Constitucional. Ver entre otras, las sentencias T-691 de 1998, T-628 de 1998, T-385 de 1998, T-497 de 1997 y T-236 de 1996.

11 Cfr. Corte Constitucional. Ver entre otras, las siguientes sentencias: T-165 de 1995, T-645 de 1996, T-304 de 1998 y T-395 de 1998.

12 Ver entre otras, las sentencias T-307/97, SU-039/98, T-080/98, T-699/98 y T-118/99.

13 Sobre el particular, se puede ver la sentencia SU-039 de 1998. MP. Dr. Hernando Herrera Vergara.