

SEGURIDAD SOCIAL - Servicio público. Principios / SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Servicio público. Derecho

El ordenamiento constitucional en vigor instituye la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden llegar a minar su capacidad económica y afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, merced a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador. Dentro de las distintas actividades que integran la Seguridad Social, la atención en salud constituye un objetivo fundamental como derecho de reconocimiento superior, dirigida a facilitar el acceso de las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma, que para su prestación, igualmente, adopta la forma de un servicio público a cargo del Estado, en forma directa o a través de entidades privadas, debiendo organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, al lado del deber de cada individuo de procurarse el cuidado integral necesario de su salud y la de su comunidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la Seguridad Social en Salud, Corte Constitucional, sentencia T116 de 1993 y sentencia T-271 de 1995.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Características básicas. Tipo de participantes. Regímenes

Conforme al artículo 156 de la ley 100 de 1993 el Sistema de Seguridad Social en Salud, en otras, se configura con las siguientes características básicas: El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud [literal a)]. Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales [literal b)]; Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud [literal c)]; El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social -Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud [literal d)]; Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno [literal e)]; Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación -UPC- que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud [literal f)]; Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al Sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la

Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad [literal g)]; En función de la capacidad de pago, el Sistema de Seguridad Social en Salud distingue los tipos de participantes en el sistema así: afiliados a los regímenes contributivo o subsidiado y participantes con vinculación temporal, que son quienes carecen de capacidad de pago y mientras se benefician del régimen subsidiado (artículos 156, literales a y b), 157 y 201 a 208 de la Ley 100). En consonancia con los preceptos anteriores, el artículo 201 de la Ley 100 señala que 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.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 156 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 201

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Plan de beneficios. Planes de atención

Los beneficios que proporciona el servicio público esencial de Seguridad Social en Salud (Ley 100 de 1993, Libro Segundo, Título I, Capítulo III) fueron desarrollados en un plan de beneficios contemplado en el Decreto Reglamentario 806 de 1998 que comprende el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que se brindan a las personas con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de la incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad e incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedad profesional. (artículos 1 y 2) .El artículo 3 ídem señala que el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados se agrupa en cinco (5) planes de atención en salud, a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es, como afiliado cotizante, afiliado beneficiario familiar, afiliado subsidiado o vinculado al Sistema. Son ellos, los siguientes: 1. Plan de Atención Básica en Salud -P.A.B. 2. Plan Obligatorio de Salud -P.O.S. 3. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado -P.O.S.S., 4. Plan de atención de accidentes de trabajo y enfermedad profesional -A.T.E.P. 5. Atención de accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 1 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 2 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 3 / LEY 100 DE 1993

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Manual de medicamentos. Exclusiones y limitaciones

En ejercicio de la atribución conferida por el numeral 5° del artículo 172 de la Ley 100 de 1993 al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), de “definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud”, este órgano expidió el Acuerdo 228 de 2002 (3 de mayo) “por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones.” (...) Por último, vale la pena precisar, a fin de dar cumplimiento a los principios de universalidad, solidaridad, equidad y eficiencia que deben guiar la prestación de los servicios de salud según lo previsto en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, que el artículo 10 del Decreto 806 de 1998 establece que el POS tendrá exclusiones y limitaciones. (...) La jurisprudencia constitucional ha señalado que la existencia de limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) armoniza con la Constitución Política, pues con ellas

se busca garantizar el equilibrio financiero del sistema de salud y Seguridad Social cuyos recursos son bastante limitados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 48 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 172 NUMERAL 5 / ACUERDO 228 DE 2002 / DECRETO 806 DE 1998.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las limitaciones al plan obligatorio de salud, Corte Constitucional, sentencia SU-480 de 1997; sentencia SU-819 de 1999 y sentencia T-1524 de 2000.

MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS - No constituye per se violación del derecho de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública / INCLUSION DE MEDICAMENTOS EN PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Requiere un adecuado soporte financiero. No puede afectar la progresividad del sistema

Con fundamento en la normatividad que estructura y fundamenta el Sistema de Seguridad Social en Salud, la Sala concluye que la sola circunstancia de que un medicamento no se encuentre incluido en el POS no constituye per se violación del derecho de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública. (...) En el caso sub examine, no obra prueba contable ni financiera en el expediente que demuestre que la inclusión de la “TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades” en el POS, no afectará el equilibrio económico-financiero del la Seguridad Social en Salud; ni estudio respecto de cambios en la estructura demográfica de la población, que demuestre la necesidad imperiosa de incluir el medicamento en el POS. (...) Las limitaciones financieras del sistema de Seguridad Social hacen imposible que el POS cubra todas las contingencias. Ello explica que la jurisprudencia constitucional haya reconocido que la existencia –por vía general— de limitaciones o exclusiones al POS es compatible con la Constitución Política, pues apunta a asegurar su viabilidad y sostenimiento. (...) En punto al examen en cuestión, debe tenerse en cuenta que por razón del categórico mandato del artículo 48 de la Constitución Política, el Estado, con la participación de los particulares, está obligado a ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social. Ello significa que la afiliación de toda la población pobre del país a la Seguridad Social en salud y la nivelación entre los servicios ofrecidos por el POS de los regímenes subsidiado y contributivo de Seguridad Social en Salud, de manera que ambos incluyan la prestación de los mismos servicios, son prioridades de rango constitucional. Síguese de ello que la inclusión de un medicamento en el POS no puede hacerse con prescindencia del impacto económico que dicha decisión cause en el cumplimiento de obligaciones cuya satisfacción la Constitución Política considera prioritaria, máxime si se tiene en cuenta que el mandato de progresividad implica que no puede haber retrocesos en niveles de atención o cobertura, ni en el monto presupuestal de los recursos públicos destinados a los planes de atención básica y subsidiado. (...) Dada la escasez de recursos, la decisión de incluir un medicamento en el POS que carece del adecuado soporte financiero, repercutiría en desmedro de los sectores más pobres de la población que tienen la expectativa de ser cubiertos por el régimen subsidiado y de que los servicios del POS subsidiado sean nivelados con los del contributivo, pues los recursos provenientes del situado fiscal y de la participación de los ingresos de la Nación alcanzarían para afiliar un menor porcentaje de población pobre. En las circunstancias macroeconómicas actuales, y dada la magnitud del déficit fiscal, una eventual ampliación de la cobertura del POS implicaría la urgente inyección de dineros del presupuesto nacional para sufragar los costos. Ello explica que para la inclusión de un medicamento en el POS se

exijan estudios de costo-efectividad y de cambios en la estructura demográfica de la población, sobre el perfil epidemiológico nacional, y sobre la tecnología apropiada disponible en el país y, además, sobre las condiciones financieras del sistema. (...) Igualmente, se advierte que no se desvirtuaron las consideraciones por las cuales el Comité Técnico Científico conceptuó desfavorablemente la inclusión de la "TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades" en el POS; ni que ante la necesidad imperiosa de suministrar este medicamento para garantizar la vida en condiciones dignas, este se hubiera negado a los pacientes. En diversas acciones de tutela, se advierte que la Corte Constitucional ha ordenado suministrar este medicamento para tratamientos no estéticos, que sean necesarios para desarrollar la vida en condiciones dignas, cuando quiera que ha sido negado su suministro por parte de las EPS.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 48

NOTA DE RELATORIA: Sobre la carga de la prueba en acciones populares, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 5 de diciembre de 2009, Rad. 2005-067, MP. Marco Antonio Velilla Moreno. Sobre la imposibilidad que el POS cubra todas las contingencias, Corte Constitucional, sentencia T-287 de 1993, MP. Jorge Arango Mejía. Sobre las condiciones financieras del Sistema de Seguridad Social en Salud, Corte Constitucional, sentencia C-252 DE 2010, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-24-000-2005-01811-01(AP)

Actor: GERMAN HUMBERTO RINCON PERFETTI

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO

Se decide la impugnación interpuesta por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL contra la sentencia de 26 de octubre de 2006, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera, Subsección A), estimó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

El 3 de octubre de 2005, el ciudadano Germán Humberto Rincón Perfetti, en nombre propio, entabló acción popular contra el Ministerio de la Protección Social ---Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), para reclamar protección al derecho colectivo de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, que estimó vulnerado debido a que el medicamento "TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades", no se encuentra incluido en el POS.

Mediante auto de 3 de febrero de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vinculó a Dora Idalid Vega Morales, Oliva Baracaldo, Rosalba Moreno de Romero, Armando Aguilera Urrego, Benedicto Wilches, Ismael Dario Navarrete Cárdenas, Elizabeth Morales, Carmen Celina León Jiménez, Luís Felipe Cruz Acevedo, Ángel Próspero Mora Pulido y Álvaro Veloza Ramírez, pacientes que sufren de Blefaroespasmos Musculares, como terceros interesados en las resultas del proceso.

1.1. Hechos

El demandante manifiesta que el medicamento "TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades", no se encuentra incluido en el POS.

Afirma que para que sea suministrado dicho medicamento, es indispensable que el paciente sea sometido al examen de un Comité Técnico Científico.

Considera que la inclusión del medicamento en el POS resultaría más económica para el sistema de seguridad social. Sostiene que resolver múltiples tutelas para conceder el suministro del medicamento, desgasta innecesariamente la administración de justicia.

Indica que el medicamento "TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades" beneficia a pacientes que sufren de distonías, espasticidad, parálisis cerebral y movimientos anormales.

2. Pretensiones

El actor solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“Ordenar al CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, representado por el MINISTRO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL como su Presidente, que, en un término perentorio, incluya el medicamento denominado LA TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades, en el Manual de Medicamentos y Terapéutica, exclusivamente como medio terapéutico y no estético. Como consecuencia de lo anterior, que el expendio o venta del mencionado medicamento, se condicione exclusivamente a la presentación de la fórmula médica.”¹

3. CONTESTACIÓN

3.1. El Ministerio de la Protección Social se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que no ha violado derechos colectivos.

Sostuvo que el Comité Asesor del Consejo Nacional de Seguridad Social estudia la eficacia, efectividad clínica, seguridad de uso del medicamento y procedimiento, los costos de efectividad, beneficio, utilidad y oportunidad, y la disponibilidad de recursos del sistema, a la luz de la prevalencia del interés general, para decidir si incluye o no un medicamento en el POS.

Manifestó que mediante Acta No. 8, de 12 de diciembre de 2003, el Comité Técnico de Medicamentos y Evaluación Tecnológica negó la inclusión de la TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades, en el POS, habida cuenta de que podía utilizarse inadecuadamente con fines estéticos.

Afirmó que no viola el derecho colectivo de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, pues la TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades se suministra con el permiso del Comité Técnico de Medicamentos y Evaluación Tecnológica, siempre y cuando la historia clínica y las condiciones del paciente lo ameriten, previa verificación de las condiciones médicas, de salud y científicas, sustentadas por el médico tratante.

Precisó que el demandante no aportó pruebas que demostraran que el suministro del medicamento, a través del Comité Técnico de Medicamentos y

¹ Folio 1

Evaluación Tecnológica, viola el derecho colectivo invocado.

4. LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Tuvo lugar el 25 de enero de 2005 con la asistencia del actor, del apoderado del Ministerio de la Protección Social y el Procurador Segundo Judicial. Se declaró fallida por cuanto no se formuló proyecto de pacto de cumplimiento.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. El actor reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Agregó que la TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades tiene beneficios funcionales, sintomáticos y estéticos.

Sostuvo que la inclusión del medicamento en el POS beneficiaría a un número aproximado de 5000 o 6000 personas.

Indicó que el trámite prolongado que deben realizar los pacientes, con el fin de adquirir el medicamento, pone en riesgo sus vidas.

5.1. El Ministerio de la Protección Social reiteró los argumentos de su demanda.

Indicó que el hecho de que un medicamento no haya sido incluido en el POS, no significa que no se suministre cuando el Comité Técnico Científico, lo autoriza tras examinar la historia clínica del paciente; ni que se estén violando derechos colectivos, pues en aquellos casos en que su suministro es necesario, existe un procedimiento para someter a consideración la solicitud.

Aseveró que el POS se aplica a un conjunto limitado de actividades que se definen con base en el perfil epidemiológico de la población, los costos de los beneficios a incluir y las posibilidades financieras del sistema.

Manifestó que los medicamentos que se encuentran fuera del POS, deben ser suministrados por la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca estimó las pretensiones de la demanda por considerar que el derecho colectivo de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, se había violado.

Sostuvo que la exclusión del POS de la "TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades", perjudica gravemente los derechos colectivos.

Consideró que el medicamento es esencial para el tratamiento de múltiples enfermedades, y que los pacientes no deben estar sometidos a procedimientos administrativos, para que les pueda ser otorgado, en contravía de los principios de oportunidad y de disponibilidad.

Aun cuando admitió que el medicamento puede ser utilizado indebidamente para fines estéticos, por ello no puede negarse el acceso a este medicamento que mejora ostensiblemente la calidad de vida de las personas.

En la parte resolutive de la sentencia dispuso:

"1° AMPÁRASE el derecho colectivo de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la oportuna de atención en salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2° En consecuencia, ordénese al Ministerio de la Protección Social, a través del Consejo de Seguridad Social en Salud, la inclusión del medicamento "Toxina Botulínica Tipo A de 100 unidades", en el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, según su nombre genérico o denominación común internacional, con la advertencia expresa de que la formulación del mismo única y exclusivamente está autorizada para fines de tratamiento de patologías que por ninguna razón incluyan usos estéticos. Para dicha orden, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, deberá reglamentar su formulación y su entrega, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 del Decreto 1938 de 1994.

3° Para efectos de la verificación del cumplimiento de esta sentencia, confórmase un Comité, integrado por el representante de la Defensoría del Pueblo, el Procurador Segundo Judicial ante esta Corporación y el demandante."

III. LA IMPUGNACIÓN

El Ministerio de la Protección Social impugnó la demanda y manifestó que el a

quo desconoció hechos y pruebas del proceso que de haber apreciado y valorado, lo habrían conducido adoptar una decisión en sentido contrario.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, y agregó que el Tribunal desconoció preceptos de la Ley 100 de 1993, del Acuerdo 008 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y del Decreto 806 de 1998.

Manifestó que no se aportaron estudios sobre el impacto clínico y económico de la inclusión del referido medicamento en el POS.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. El actor reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia.

4.2. El Ministerio de la Protección Social consideró que el medicamento que motivó la interposición de la presente acción popular no debía ser incluido en el POS, pues las enfermedades para cuyo tratamiento se prescribe, pueden ser tratadas con otros medicamentos.

Aseveró que en caso de que una enfermedad deba ser tratada con “TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades”, el Comité Técnico Científico respectivo, previo estudio del caso particular, puede ordenar su suministro.

Instó a que no se incluya la Toxina Botulínica en el POS, pues de hacerse, se atentaría contra el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud ya que este puede podía utilizarse en procedimientos y operaciones cosméticas, y porque no hace parte de los medicamentos que la Organización Mundial de la Salud ha definido como de carácter esencial.

V. CONSIDERACIONES

El artículo 88 de la Constitución Política dispone:

“Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el

espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella”

En desarrollo de este precepto constitucional se expidió la Ley 472 de 1998 (25 de agosto) cuyo artículo 2° define las acciones populares así:

“Artículo 2°. Las acciones populares son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”

Ahora, en el caso que nos ocupa, el derecho cuyo amparo se pretende es, ciertamente, un derecho colectivo, contemplado en el literal h) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998 y, en consecuencia, susceptibles de protección mediante la interposición de la acción popular.

5.1. La regulación constitucional y legal del derecho a la Seguridad Social en Salud.

Debe la Sala comenzar por referirse a la regulación constitucional del derecho a la Seguridad Social en Salud y al modelo colombiano de Seguridad Social en salud, pues la inclusión de un medicamento en el POS debe examinarse en el contexto del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dadas las implicaciones económicas y las repercusiones que en sus distintos componentes produce y el impacto que tiene en la viabilidad de ampliar su cobertura a los sectores más pobres y marginales de la población, objetivo que prioriza el artículo 48 de la Constitución Política, lo que implica que también deba tenerse en cuenta sus fuentes de financiación.

A esos efectos, resultan relevantes las consideraciones siguientes:

El artículo 48 de la Constitución Política define **la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio** que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia.

La misma disposición señala que la Seguridad Social **es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes**. Por tal razón, el **Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura** de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determina la ley.

Por su parte, el artículo 49 de la Constitución Política señala que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado. **Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.**

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; disponer la manera como la responsabilidad por la prestación de los servicios de salud se distribuye entre la Nación, las entidades territoriales y los particulares; establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas; y ejercer vigilancia y control sobre las entidades privadas prestadoras de los servicios de salud.

De manera complementaria, el artículo 365 de la Carta Política dispone que no obstante que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, en todo caso, el Estado mantendrá su regulación, control y vigilancia.

En consonancia con los preceptos citados, el artículo 366 de la Constitución Política, reitera que *“el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de **salud**, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, **el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.**”*

En síntesis: el ordenamiento constitucional en vigor instituye la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente

irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden llegar a minar su capacidad económica y afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, merced a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador.

Dentro de las distintas actividades que integran la Seguridad Social, la atención en salud constituye un objetivo fundamental como derecho de reconocimiento superior, dirigida a facilitar el acceso de las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma, que para su prestación, igualmente, adopta la forma de un servicio público a cargo del Estado, en forma directa o a través de entidades privadas, debiendo organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, al lado del deber de cada individuo de procurarse el cuidado integral necesario de su salud y la de su comunidad.

El contenido de esos derechos a la Seguridad Social y salud ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional. Sobre la Seguridad Social, en sentencia T 116 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara), dijo lo siguiente:

«El concepto de Seguridad Social hace referencia pues, al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.

Tales riesgos abarcan una amplia gama que va desde la invalidez, vejez y muerte, hasta la atención a la salud de sus afiliados, y cuya cobertura se ampliará progresivamente.

Se infiere de las implicaciones y el contenido de este derecho, su relación estrecha con los derechos eminentemente fundamentales como la vida (artículo 11 C.P.), el trabajo (artículo 25 C.P.) y la salud (artículo 49 C.P.).

...

En forma general, se define la Seguridad Social como “un conjunto de medidas tomadas por la sociedad y en primer lugar por el Estado, para garantizar todos los cuidados médicos necesarios, así como para asegurarles los medios de vida en caso de pérdida o reducción importante de los medios de existencia causados por circunstancias no propiamente creadas voluntariamente.

Esta definición pretende precisar que el concepto de Seguridad Social no sólo interesa a los Fines del Estado, entendido éste como la institución

organizada para lograr sus objetivos sociales, sino que debe comprometer a la sociedad en general, en la búsqueda de los objetivos de brindarle al hombre la protección contra todos los riesgos de carácter social y contra las distintas cargas familiares.(..).»².

Por su parte, respecto de los elementos básicos del derecho a la salud, en sentencia T 271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) señaló:

«El derecho a la salud tiene como fundamento constitucional los artículos 1o. (dignidad humana), 11 (vida), 13 (igualdad); y su desarrollo en los artículos 48 (Seguridad Social), 49 (la salud como servicio público a cargo del Estado), 50 (atención a los niños menores de un año) y 366 (mejoramiento de la calidad de vida).

De esa manera, la Carta Política de 1.991 consagra la salud como un derecho fundamental del niño (artículo 44) y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso se garantiza a todas las personas.

(...)

La salud es uno de aquellos derechos que por su carácter inherente a la existencia de todo ser humano se encuentra protegido en nuestro ordenamiento, especialmente en aras de una igualdad real, en las personas que por su condición económica, física o mental se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta. Este derecho busca además, y en forma primordial, el aseguramiento del derecho fundamental a la vida, por lo que su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del gobierno y del legislador, en procura de su efectiva protección.

Adicionalmente, los derechos a la Seguridad Social y a la salud, a los cuales se ha hecho mención particular, presentan la característica de ser programáticos y de desarrollo progresivo por parte del legislador; en este orden de ideas, se convierten en programas de acción estatal que comportan prestaciones de orden económico y social, que configuran derechos prestacionales en favor de los habitantes del territorio nacional, a cargo del Estado y exigibles al mismo en cuanto a su calidad de derechos subjetivos, permitiendo reclamar de las autoridades y de los particulares una determinada actividad constitucionalmente señalada y para cuya efectividad precisan "el desarrollo legal, el arbitrio de los recursos y la provisión de la pertinente estructura que los actualice"³.

5.2. El sistema colombiano de Seguridad Social en Salud

Para dar desarrollo a los preceptos constitucionales en materia de prestación del servicio público de Seguridad Social (artículos 48, 49 y 366 C.P.) el legislador expidió la Ley 100 de 1993, cuyo objeto fue la creación del Sistema de Seguridad Social Integral con miras a *"...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 afecten"* y comprende *"...las*

² Sentencia T-116 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara

³ Sentencia T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.» (artículo 1º). Está conformado por las entidades públicas y privadas, las normas y procedimientos expedidos sobre la materia, y los regímenes generales vigentes en materia de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios (artículo 8º).

En lo atinente al servicio de salud, la Ley 100 de 1993 establece que los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son “...regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.” (artículo 152, inciso 2º).

Conforme al artículo 156 ídem el Sistema de Seguridad Social en Salud, en otras, se configura con las siguientes características básicas:

- El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud [literal a)].
- Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales [literal b)];
- Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud [literal c)];
- El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social -Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud [literal d)];
- Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier

persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno [literal e)];

- Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación -UPC- que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud [literal f)];
- Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al Sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad [literal g)];

En función de la capacidad de pago, el Sistema de Seguridad Social en Salud distingue los tipos de participantes en el sistema así: afiliados a los regímenes contributivo o subsidiado y participantes con vinculación temporal, que son quienes carecen de capacidad de pago y mientras se benefician del régimen subsidiado (artículos 156, literales a y b), 157 y 201 a 208 de la Ley 100).

En consonancia con los preceptos anteriores, el artículo 201 de la Ley 100 señala que 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.

El régimen contributivo es el *“...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 o familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.”* (artículo 201 Ley 100). El régimen subsidiado es el *“...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 presente ley.”* (Ley 100 de 1993, artículo 211, Decreto 1919 de 1994 artículos 6º y 9º).

Los beneficios que proporciona el servicio público esencial de Seguridad Social en Salud (Ley 100 de 1993, Libro Segundo, Título I, Capítulo III) fueron desarrollados en un plan de beneficios contemplado en el Decreto Reglamentario 806 de 1998⁴ que comprende el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que se brindan a las personas con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de la incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad e incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedad profesional. (artículos 1º y 2º)

El artículo 3º ídem señala que el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados se agrupa en cinco (5) planes de atención en salud, a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es, como afiliado cotizante, afiliado beneficiario familiar, afiliado subsidiado o vinculado al Sistema. Son ellos, los siguientes:

1. Plan de Atención Básica en Salud -P.A.B.
2. Plan Obligatorio de Salud -P.O.S.
3. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado -P.O.S.S.,
4. Plan de atención de accidentes de trabajo y enfermedad profesional - A.T.E.P.
5. Atención de accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

5.2.1. El Plan Obligatorio de Salud (POS) de los regímenes contributivo y subsidiado

Se destaca, para efectos del asunto *sub-examine*, la definición del Plan Obligatorio de Salud, POS, prevista en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, en la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud y en los artículos 7º a 9º y 11 a 13 del Decreto Reglamentario 806 de 1998.

LEY 100 DE 1993

“Artículo 162. Plan de Salud Obligatorio. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y

⁴ Derogó el Decreto 1938 de 1994

enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud 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. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley.

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. en forma progresiva antes del año 2001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50 % de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables.

(...)

Parágrafo 2°. Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud 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 sistema.”

DECRETO 806 DE 1998⁵

“Artículo 3°. De los tipos de Planes. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud como servicio público esencial existen únicamente los siguientes planes de beneficios:

1. Plan de Atención Básica en Salud, PAB.
2. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS.
3. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POSS.
4. Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos.
5. Atención integral de urgencias.

(...)

Artículo 7°. Plan Obligatorio de Salud -Pos. Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sus contenidos son definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud e incluye educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, en los diferentes niveles de complejidad así como el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

⁵ «Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.»

A través de este plan integral de servicios y con sujeción a lo establecido en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se debe responder a todos los problemas de salud conforme al manual de intervenciones, actividades y procedimientos y el listado de medicamentos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud y las Adaptadas podrán incluir el tratamiento con medicinas alternativas autorizadas para su ejercicio en Colombia, de conformidad con su eficacia y seguridad comprobada.

Artículo 8°. *Financiación.* Las Entidades Promotoras de Salud y las Adaptadas garantizarán la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, del Régimen Contributivo en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud por concepto de la Unidad de Pago por Capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.
(...)

Artículo 9°. Criterios para la elaboración del Plan. Para la inclusión de actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos en el Plan Obligatorio de Salud, se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. **El conjunto de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos y guías de atención que se incluya deberá ser seleccionado con criterios de costo-efectividad, orientado a la solución de las enfermedades de acuerdo con el perfil de morbimortalidad y con las condiciones de tecnología existentes en el país.**

2. Las actividades, intervenciones, procedimientos médicos, medicamentos y procedimientos diagnósticos y terapéuticos incluidos deberán estar aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios de médicos, Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud.

3. Las actividades, intervenciones, medicamentos y procedimientos médicos incluidos deberán cumplir con los criterios de eficacia comprobada para resolver o mejorar las condiciones generadas por la enfermedad y de seguridad, para evitar o reducir el riesgo a los pacientes, a su familia, al personal de la salud y a la comunidad en general.

Parágrafo. Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud 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 sistema.
(...)

Artículo 12. Copagos y cuotas moderadoras. Las condiciones para la prestación del Plan Obligatorio de Salud ofrecidas por una Entidad Promotora de Salud o Adaptada deberán enmarcarse dentro de los criterios establecidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en lo referente a copagos y cuotas moderadoras.

Artículo 13. Plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S. Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Subsidiado y que están obligadas a garantizar las Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y las Cajas de Compensación Familiar debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para administrar los recursos del Régimen Subsidiado.

El contenido del Plan Subsidiado será definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Artículo 14. Financiación. El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado será financiado con los recursos que ingresan a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, destinados a subsidios a la demanda, situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y demás rentas ordinarias y de destinación específica, de conformidad con lo establecido en la ley.

Cuando el subsidio sea parcial el afiliado deberá cofinanciar el POS-S en la forma que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

(Se resalta)

La organización y prestación del POS está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, en los términos de la Ley 100 de 1993 (artículos 177 a 184) y del Decreto Reglamentario 1485 de 1994, las cuales pueden presentar una naturaleza pública, privada o mixta y cuyo funcionamiento requiere de la respectiva autorización de la Superintendencia Nacional de Salud (Ley 100 de 1993, artículos 177, 179 y 181). Estas empresas se constituyen, además, en las responsables de la afiliación y registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, pudiendo prestar el plan en forma directa o a través de la contratación de servicios de salud con diversas Instituciones Prestadoras de Salud y profesionales pertinentes. Cuando la prestación de los servicios de salud se ofrece en forma directa por la nación o las entidades territoriales, debe hacerse a través de las Empresas Sociales del Estado, creadas por ley, ordenanza o acuerdo y representan una categoría especial de entidad pública descentralizada (Ley 100 de 1993, artículo 194).

5.2.2. El Manual de Medicamentos del POS

En ejercicio de la atribución conferida por el numeral 5º del artículo 172 de la Ley 100 de 1993 al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), de “definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud”, este órgano expidió el Acuerdo 228 de 2002⁶ (3 de mayo) “por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones.”. El citado Acuerdo, en lo pertinente dispone:

“El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en ejercicio de las facultades legales conferidas en el numeral 5 del artículo 172 de la Ley

⁶ Derogado por el artículo 86 del Acuerdo CRES 3 de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 47.438 de 2009 (11 de agosto)

100 de 1993,

CONSIDERANDO:

Que es función del CNSSS actualizar los contenidos del POS, 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 sistema, según lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 162 de la Ley 100 de 1993;

Que teniendo en cuenta las recomendaciones del Comité Técnico Asesor de Medicamentos del CNSSS, en cumplimiento de sus funciones y previo estudio de las solicitudes de inclusión de medicamentos provenientes de Asociaciones Científicas, Comités Técnicos Científicos y Comités de Farmacia y Terapéutica de diferentes instituciones, así como de los Programas del Ministerio de Salud, se hace necesario modificar el Manual de Medicamentos y Terapéutica del Sistema General de Seguridad Social en Salud adoptado mediante el Acuerdo 83 de 1997;

Que igualmente es necesario incorporar al presente Acuerdo la codificación de medicamentos según lo establecido en la Resolución 1830 del 23 de junio de 1999, por la cual se adoptaron para Colombia las codificaciones únicas de especialidades en salud, ocupaciones, actividades económicas y medicamentos esenciales para el Sistema Integral de Información del SGSSS-SIIS;

Que se cuenta con la viabilidad financiera del Ministerio de Salud validada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la base que debe revisarse a la mayor brevedad posible el Plan Obligatorio de Salud frente a la Unidad de Pago por Capitación,

ACUERDA:

CAPÍTULO I.

MANUAL DE MEDICAMENTOS Y TERAPÉUTICA DEL SGSSS.

Artículo 1°. Defínase para el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), la lista de medicamentos esenciales que se enuncia a continuación (...)⁷

5.2.3. El procedimiento para la inclusión de medicamentos esenciales en el POS

Debe también mencionarse el Acuerdo 232 de 2002, por el cual el CNSSS crea el Comité Técnico de Medicamentos y Evaluación de Tecnología y se reglamenta su funcionamiento. Por su relevancia para el caso presente, resulta pertinente transcribir sus disposiciones:

“Artículo 1°.- Creación y Objeto. Créase el Comité de Medicamentos y Evaluación de Tecnología como un organismo asesor del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que tendrá por objeto apoyar al Consejo en el ajuste y actualización del Plan Obligatorio de Salud (POS) usando la evaluación de tecnología y medicamentos como mecanismo para que el POS responda a los principales problemas de salud de la población colombiana.

Se considera evaluación de tecnología, el análisis y calificación de formas de intervención incluidas medicamentos, insumos, dispositivos y

⁷ Se omite la transcripción completa, dada su extensión

procedimientos y en general todas aquellas actividades que hacen parte del continuo cuidado del paciente.

Dicho Comité reemplazará el Comité Técnico de Medicamentos - Asesor del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud creado mediante Acuerdo 51 y modificado por los Acuerdos 129 y 170.

ARTÍCULO 2o. FUNCIONES. Son funciones del Comité las siguientes:

1. Presentar al CNSSS recomendaciones para incluir o excluir del Plan Obligatorio de Salud, actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos y las formas de intervención en salud de que trata el artículo anterior.
2. Presentar recomendaciones al CNSSS para la toma de decisiones emitiendo conceptos técnicos que permitan aclarar los contenidos del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud de acuerdo con las solicitudes que presenten los actores del sector.
3. Emitir conceptos técnicos que permitan actualizar las intervenciones contenidas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con los desarrollos tecnológicos y de acuerdo con las necesidades de la población colombiana.
4. Evaluar permanentemente y recomendar la inclusión o modificaciones en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud de aquella o aquellas formas de intervención que por su evaluación epidemiológica, clínica, técnica y económica, deban hacer parte o no del POS.
5. Solicitar al Ministerio de Salud o a través de él a la entidad pertinente la información, estudios y/o evaluaciones necesarias para dar soporte a sus conceptos técnicos y recomendaciones.
6. Establecer su propio reglamento, así como la metodología técnica de trabajo.

(...)

Artículo 4°. Procedimiento Para Estudiar Las Solicitudes. Las solicitudes para la evaluación de los procedimientos y medicamentos requeridos serán presentadas por actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por intermedio del Secretario Técnico del CNSSS, quien dará traslado al Comité de Medicamentos y Evaluación de Tecnología, dentro de los 8 días hábiles posteriores a su radicación.

El Comité solicitará al Ministerio de Salud o a través de él a la entidad correspondiente, la información, estudios y/o evaluaciones pertinentes, los cuales podrán incluir los análisis técnicos científicos, estudios de evaluación económica o de costos para el Sistema, para proceder a generar los conceptos técnicos y recomendaciones al CNSSS en concordancia con el artículo 2o. de este acuerdo. Una vez recibida por el Comité la información, estudios y/o evaluaciones por parte del Ministerio de Salud, este deberá estudiarla y hacer las recomendaciones o emitir los conceptos en la siguiente sesión del Comité.

Parágrafo. Los criterios para solicitar al Ministerio de Salud información, estudios y/o evaluaciones serán establecidos por el mismo Comité y tendrán en cuenta la pertinencia de las solicitudes presentadas, las prioridades operativas del mismo comité, las del CNSSS y las del país de acuerdo con las necesidades de la población.”

5.2.4. Las exclusiones y limitaciones al POS

Por último, vale la pena precisar, a fin de dar cumplimiento a los principios de universalidad, solidaridad, equidad y eficiencia que deben guiar la prestación de los servicios de salud según lo previsto en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, que el artículo 10 del Decreto 806 de 1998 establece que el POS tendrá exclusiones y limitaciones. El citado precepto dispone.

«Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos. En ningún caso se financiarán con cargo a los recursos del sistema, actividades, procedimientos, medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios de médicos, Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud.»

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la existencia de limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) armoniza con la Constitución Política, pues con ellas se busca garantizar el equilibrio financiero del sistema de salud y Seguridad Social cuyos recursos son bastante limitados⁸.

5.2.5. Obligación de las EPS a suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del POS

Mediante sentencia T 966 de 2004 (M.P. Humberto Sierra Porto), la Corte Constitucional manifestó:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) cuando: (i) la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el

⁸ Ver entre otras las Sentencias SU-480/97 y SU-819/99 y T-1524 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no pueda sufragar el porcentaje que la E.P.S. está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio". (Sentencias SU-480 de 1997, T-236 de 1998 y SU-819 de 1999).

5.3. Caso Concreto

En el presente caso, el demandante pretende que se ampare el derecho colectivo de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, que estimó vulnerado debido a que el medicamento "TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades", no se encuentra incluido en el POS.

Del material probatorio se destacan:

- Copia del artículo *"Toxina Botulínica Tipo "A" en el manejo de la afección "equina" en niños con parálisis cerebral: una evaluación económica con base en la evidencia"*, de J. Houltram, I. Noble, R.N. Boyd, P. Flett y H.K. Graham, publicado en agosto de 2001 en el *"European Journal of Neurology"*. Se destaca:

"Los RCTs demostraron la eficacia equivalente del BTX-A y del modelo serial; no obstante, con la BTX-A el efecto duró mas tiempo y fue claramente el tratamiento preferido. Para pacientes con hemiplejía los costos de un episodio de tratamiento con BTX-A o modelo serial son de (\$AUD) \$595 y \$435, respectivamente, y, por consiguiente, los costos adicionales asociados con BTX-A son de \$160. Los costos correspondientes para pacientes con diaplejía son de \$1045 para el tratamiento con BTX-A y de \$870 para el moldeo serial y, de esta manera, el costo adicional asociado con la BTX-A es de \$175. Con una duración general del tratamiento de 3.7 años y un intervalo promedio del tratamiento de 10 meses, los pacientes recibirían un promedio de 5.4. tratamientos. De esta manera, para pacientes con hemiplejía, el costo total adicional, descontado al 5% anualmente para BTX-A, es de \$793. Para pacientes con diaplejía, el costo total adicional para BTX-A, es de \$867."⁹

- Copia del artículo *"Impacto del Costo del Uso de la Toxina Butolínica en Niños con Parálisis Cerebral, Inscritos en Medicaid"*, escrito por Fabian T. Camacho, Beth P Smith, Jeffrey S. Shilt, Laura K. Jacks, L Andrew Koman y

⁹ Folios 39 a 65

Karen Winston-Salem, publicado el 2 de noviembre de 2002 en el "Journal of the Southern Orthopaedic Association". Se destaca:

*"El uso de la Toxina Botulínica "A" (BTX) en el manejo de la espasticidad en la parálisis cerebral (CP)/(PC) en la niñez, está en aumento. Este estudio examinó la utilización anual de los servicios relacionados con el cuidado de la salud y los costos asociados con la terapia con BTX para PC espástica en niños inscritos en el Medicaid que recibían cobertura completa relacionada con el cuidado de la salud (1997 a 1999). Utilizamos igualación por par, así como adelantos de técnicas estadísticas recientes (método "bootstrapp") para trabajar con muestras limitadas. La introducción de la BTX se asoció con un aumento de aproximadamente \$62 por mes en costos de prescripción para el paciente. No obstante, estos costos se compensaron con las reducciones en hospitalización. Cuando se examinó cada año individualmente, los subsidios para los usuarios de la BTX no fueron diferentes de aquellos para los no usuarios de la BTX igualados por pares. Estos datos sugieren que la terapia BTX no se suma significativamente a los costos de tratamiento de los niños con PC inscritos en Medicaid."*¹⁰

- Copia de otras 20 publicaciones en la que se destacan las bondades del uso de la TOXINA BOTULÍNICA TIPO "A" en la medicina actual.¹¹
- Copia del Oficio suscrito por el Director Científico de la Clínica Universitaria Teletón y dirigido al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de 12 de mayo de 2005. Se destaca:

*"Como Institución Universitaria ampliamente reconocida en el manejo de la patología discapacitante de toda índole, con énfasis en la patología neurológica de la población adulta y pediátrica. Es así como la espasticidad en la población infantil secuela de noxas (...) conlleva a la parálisis cerebral infantil y en la población adulta, a consecuencia de traumatismo craneoencefálico, trauma raquímedular, evento cerebrovascular y enfermedades degenerativas. Hemos visto que a través de nuestra experiencia el uso de la Toxina Botulínica Tipo A en la población descrita, se beneficia notoriamente en el ámbito de su calidad de vida (...). Es por este motivo, como Institución Universitaria de la Universidad de la Sabana, que solicitamos la inclusión de dicho fármaco en el listado de medicamentos del POS."*¹²

- Copia del Oficio suscrito por el Gerente General de la Asociación Colombiana Pro-niño con Parálisis Cerebral y dirigido al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de 3 de junio de 2005. Se destaca:

¹⁰ Folio 66 a 95

¹¹ Folios 98 a 561

¹² Folio 562

“PROPACE, es una Institución dedicada a la habilitación y rehabilitación de pacientes con parálisis cerebral y/o daño neurológico; dentro de esta patología, encontramos la espasticidad, como una de las consecuencias de la lesión cerebral. Sin embargo, a través de nuestra experiencia con el uso de la Toxina Botulínica Tipo A, en esta población, hemos observado los beneficios y la optimización en el proceso de rehabilitación (relajación muscular, facilitador para la terapia, adaptación de las ortesis y logros funcionales para la marcha y cuidados del paciente) así como el mejoramiento de la calidad de vida de los pacientes y sus familias.

Es por este motivo que la Asociación Colombiana Proniño con Parálisis Cerebral “PROPACE” vería facilitado el cumplimiento de su objetivo institucional, contando en el POS con este medicamento.”¹³

- Copia del Acta 08, suscrita por el Comité Técnico de Medicamentos y Evaluación de Tecnología del Ministerio de la Protección Social, de 12 diciembre de 2003. Se destaca:

“DESARROLLO DE LA REUNIÓN

(...)

2. Discusión sobre solicitudes pendientes:

(...)

2.2. Toxina Botulínica Tipo A 100 Unidades: Solicitud de inclusión proveniente de la Asociación Colombiana de Neurología.

*Concepto del Comité: Si bien este medicamento tiene aplicaciones específicas de utilidad clínica, **no se recomienda su inclusión por la posibilidad real de su uso inadecuado con fines estéticos. Se recomienda que se maneje vía Comité Técnico Científico en las instituciones de salud que lo requieran.**”¹⁴ (Énfasis fuera de texto)*

- Copia del Oficio suscrito por Dora Idalid Vega y dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de 20 diciembre de 2005. Se destaca:

“...me permito manifestarle que estoy padeciendo una enfermedad llamada blefaron espasmo muscular, la cual me ha limitado en mis labores diarias, quedando con ceguera funcional, razón por la cual no puedo trabajar, me aísló de la sociedad. Tuve que acudir a la tutela para que me autorizaran la entrega del medicamento ya que no está en el Plan Obligatorio de Salud. Por lo anterior, solicito su ayuda para que la Toxina Botulínica Tipo A de 100 unidades sea incluida en el POS.”¹⁵

- Copia del Oficio suscrito por Oliva Baracaldo y dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de 17 diciembre de 2005. Se destaca:

¹³ Folio 563

¹⁴ Folios 716 a 721

“.. yo soy paciente del Seguro Social, estoy enferma hace más de 20 años y presento un problema neurológico denominado ESPASMO HEMIFACIAL, enfermedad que me incapacita e impide comer, tener tranquilidad, y me afecta socialmente.

Los médicos me han formulado TOXINA BOTULÍNICA TIPO A, que es lo único que me ayuda a controlar los síntomas, pero no está incluida en el POS, por lo que en ocasiones muy contadas me la han aplicado y mejora

notablemente mi calidad de vida. Por lo que estoy de acuerdo que se incluya en el POS.”¹⁶

- Testimonio del señor Ignacio Jiménez Juliao, médico de la Asociación Colombiana Proniño con Parálisis Cerebral, de 5 de mayo de 2006. Se destaca:

“PREGUNTADO: En pregunta anterior usted manifestó que formula la Toxina Botulínica para la espasticidad y explicó los efectos benéficos que produce en esta clase de pacientes. Dígame al Despacho si es la única patología para la que se utiliza el medicamento en la literatura médica primero, y en los tratamientos y pacientes que se reciben en nuestro medio. CONTESTÓ: Además la espasticidad (presente en pacientes con parálisis cerebral, meningitis, o secuelas de derrame cerebral o accidentes cerebro-vasculares, traumas y lesiones de la médula) también se utiliza en personas con trastornos de los movimientos (disonias, espasmos faciales, tortícolis, blefaroespasmos), y otro padecimiento donde hay problemas con la función de la enzima acetilcolina (...) PREGUNTADO: Sabe o le consta que los pacientes para obtener la Toxina Botulínica acuden a la tutela y porqué. CONTESTÓ: Sí, he conocido y porque se la han negado en su EPS(...)”¹⁷

- Testimonio del señor Guido Massaza Tamasco, médico especialista en medicina física y rehabilitación, de 5 de mayo de 2006. Se destaca:

“PREGUNTADO: Usted ha manifestado en respuesta anterior que la mayor parte de los pacientes ha tenido dificultad en la entrega de la Toxina Botulínica, que clase de dificultades son ellas. CONTESTÓ: Pues a excepción del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, las EPS no incluyen el medicamento en su vademécum y no teniendo otros fármacos que los reemplacen, por lo tanto, no le entregan la droga a los pacientes si se llegare a formular. PREGUNTADO: Qué bondades tendría la inclusión de este medicamento en el POS. CONTESTÓ: Muchos pacientes obtendrían beneficios funcionales (mejoría de la discapacidad y/o un mejor logro de la ejecución de sus actividades básicas cotidianas, de sus actividades de la vida diaria y de la ejecución de sus roles personales, familiares, laborales y sociales)”¹⁸

¹⁵ Folio 746

¹⁶ Folio 747

¹⁷ Folios 784 a 787

¹⁸ Folios 788 a 793

- Oficio suscrito por el Comité Técnico Científico de Medicamentos y Evaluación de Tecnología del Ministerio de la Protección Social y dirigido al representante legal de Laboratorios Allergan, de 1 de junio de 2004. Se destaca:

“Asunto: Respuesta a solicitud de aclaración concepto Toxina Botulínica.

Cordial saludo,

No desconocemos que ese medicamento tiene aplicaciones específicas de utilidad clínica, en algunas de las cuales, incluso es opción alternativa, por cuanto existen otros medicamentos o procedimientos que pueden emplearse de primera elección, antes de emplear la Toxina Botulínica. Igualmente, es cierto que existen algunos usos de tipo estético que pueden prestarse a mal uso o abuso con el medicamento que sólo pueden ser controlados a través de la discusión previa de cada caso en particular por un grupo (Comité Técnico-Científico) que evalúe su justificación en cada caso, como hasta ahora se ha venido haciendo.

El hecho de que tenga aceptada la indicación de manejo de “líneas faciales hiperfuncionales” no da lugar a que su uso sea más seguro; por el contrario, podría inducir su mal uso o abuso al estar disponible en el POS con esa indicación aceptada. Entendiéndose como mal uso o abuso el que realiza el especialista para el tratamiento estético, el cual no pone en riesgo la vida o salud del paciente pero si encarece de forma importante los costos de salud.

Con respecto a que Allergan monitoree la destinación final del producto, agradecemos su interés, pero consideramos que esta función es competencia de las instituciones de vigilancia y control.

*Es necesario recordar que “se entiende por medicamento esencial aquel que reúne las características de ser el más costo efectivo en el tratamiento de una enfermedad, en razón de su eficacia y seguridad farmacológica, por dar respuesta más favorable a los problemas de mayor relevancia del perfil de morbimortalidad de una comunidad **y porque su costo se ajusta a las condiciones de la economía del país**”. De acuerdo con esta definición, la toxina botulínica no cumple con varios de los criterios de esencialidad de un medicamento para justificar su inclusión en un listado de medicamentos esenciales.*

*De acuerdo con lo anterior, este Comité ratifica la posición de **NO RECOMENDAR SU INCLUSIÓN** y que se maneje vía Comité Técnico-Científico en los casos puntuales que a juicio médico sea necesario considerar.”¹⁹ (Se resalta)*

Con fundamento en la normatividad que estructura y fundamenta el Sistema de Seguridad Social en Salud, la Sala concluye que la sola circunstancia de que un medicamento no se encuentre incluido en el POS no constituye *per se* violación del derecho de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública.

¹⁹ Folios 808 y 809

En efecto, en un caso similar, mediante sentencia de 8 de junio de 2006, (M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), esta Sala estableció:

“... no incluir un medicamento dentro del POS no implica por sí mismo un acto violatorio o que pueda vulnerar el derecho colectivo invocado, ya que la seguridad social debe tener en cuenta que los recursos sean distribuidos en forma adecuada, oportuna y suficiente (principio de eficiencia); garantizando la protección a todas las personas, sin discriminación (principio de universalidad); cubriendo todas las contingencias que afecten la salud (principio de integralidad).”²⁰

En el caso *sub examine*, no obra prueba contable ni financiera en el expediente que demuestre que la inclusión de la “TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades” en el POS, no afectará el equilibrio económico-financiero del la Seguridad Social en Salud; ni estudio respecto de cambios en la estructura demográfica de la población, que demuestre la necesidad imperiosa de incluir el medicamento en el POS.

Respecto de la carga de la prueba, mediante sentencia de 5 de diciembre de 2009 (M.P. Marco Antonio Velilla Moreno), esta Sala estableció:

“En esta oportunidad reitera la Sala la importancia de cumplir por parte de los actores con la carga de demostrar válidamente los supuestos de hecho que motivan sus demandas. En efecto, a la luz del artículo 30 de la Ley 472 de 1998, le corresponde al demandante acreditar y probar los hechos, acciones y omisiones que en su criterio, constituyen la amenaza o la trasgresión de los derechos e intereses colectivos invocados. En ese sentido, se entiende que el actor popular no debe limitarse a señalar la presunta vulneración de derechos e intereses colectivos con la enunciación de determinados hechos, pues está a su cargo demostrar los supuestos fácticos indicados en la demanda. Empero, de acuerdo con esa misma norma, dicha regla es atenuada tratándose de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, evento en el cual el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito; además, en el caso de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva en virtud de lo antes establecido “el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos”. No obstante, resulta forzoso resaltar que el decreto oficioso de pruebas lo que pretende es complementar el acervo

probatorio mas no producirlo en su integridad, pues como ya se señaló, es el actor quien deben soportar la carga de demostrar de los hechos u

²⁰ Sentencia de 8 de junio de 2006, Rad.: 25000-23-25-000-2003-02406-01, Actor: **Diogenes Mora Carreño, M.P.** Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta

*omisiones que a su juicio representan la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuya protección se busca.*²¹

Las limitaciones financieras del sistema de Seguridad Social hacen imposible que el POS cubra todas las contingencias. Ello explica que la jurisprudencia constitucional haya reconocido que la existencia –por vía general– de limitaciones o exclusiones al POS es compatible con la Constitución Política, pues apunta a asegurar su viabilidad y sostenimiento.

Esa misma *ratio* explica la constitucionalidad de los planes complementarios de salud sufragados por el afiliado, respecto de los cuales, en sentencia de C-599 de 1998, la Corte se señaló:²²

*“La prestación de los servicios públicos, en este caso de salud, “depende particularmente de la política social diseñada y promovida por el Estado y su capacidad económica y financiera para asumir los costos que demanda la implementación y el funcionamiento del correspondiente sistema. Dichos costos normalmente se ven acrecentados, cuando se incrementa la cobertura de la Seguridad Social o cuando se presentan factores críticos, como el crecimiento demográfico, que hacen más oneroso el cumplimiento de las responsabilidades anejas a la efectividad del derecho social en cuestión. Sin embargo, resulta innegable el hecho de que la cobertura e integralidad de la Seguridad Social, esto es, el cubrimiento de todas las contingencias negativas que afectan la salud y las condiciones y el logro de una especial calidad de vida de la población, necesariamente deben guardar proporcionalidad con las posibilidades económicas del Estado que reduce su actividad a un proceso gradual, al desarrollo de un programa instrumentado por el Estado social de derecho, como se deduce de la normatividad constitucional. Obviamente, el criterio estrictamente económico, no puede esgrimirse como obstáculo para extender la Seguridad Social a los espacios queridos por el constituyente al diseñar el Estado social de derecho; por consiguiente, lo ideal es que el Estado realice de manera gradual pero sin pausa, los esfuerzos económicos, técnicos y administrativos que se requieren para lograr el principio de la integralidad del sistema..... pero **ello no significa que el derecho a la Seguridad Social, pueda ser exigido por los usuarios del sistema más allá de las posibilidades económicas propias de su organización y funcionamiento, esto es, que puedan demandarse prestaciones que excedan su capacidad y que naturalmente no estén amparadas en las cotizaciones que se les exigen a los beneficiarios.**”²³*

La salud, como lo ha reiterado la Corte, está catalogada como un derecho prestacional y el ejercicio de los derechos prestacionales consagrados en la Constitución, se subordina a la existencia de los recursos fiscales necesarios para la prestación de los servicios correspondientes, así sea

²¹ Sentencia de 5 de diciembre de 2009, Rad.: 19001233100020050006701, Actora: Nohora Emid Yasno Medina y Otros, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno

²² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²³ Sentencia T-287/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

parcial y progresivamente. Por esta razón, los recursos disponibles deben usarse en forma racional y equitativa.»²⁴ (Se resalta)

En punto al examen en cuestión, debe tenerse en cuenta que por razón del categórico mandato del artículo 48 de la Constitución Política, el Estado, con la participación de los particulares, está obligado a ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social. Ello significa que la afiliación de toda la población pobre del país a la Seguridad Social en salud y la nivelación entre los servicios ofrecidos por el POS de los regímenes subsidiado y contributivo de Seguridad Social en Salud, de manera que ambos incluyan la prestación de los mismos servicios, son prioridades de rango constitucional. Síguese de ello que la inclusión de un medicamento en el POS no puede hacerse con prescindencia del impacto económico que dicha decisión cause en el cumplimiento de obligaciones cuya satisfacción la Constitución Política considera prioritaria, máxime si se tiene en cuenta que el mandato de progresividad implica que no puede haber retrocesos en niveles de atención o cobertura, ni en el monto presupuestal de los recursos públicos destinados a los planes de atención básica y subsidiado.

De ahí que la inclusión de medicamentos esenciales en el POS, sin que medie un análisis financiero sobre su viabilidad, costo y repercusiones, puede comprometer el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en Salud, dada la estrecha interrelación existente entre sus tres elementos: (1) el Plan Obligatorio de Salud - POS-; (2) la Unidad de Pago por Capitación -UPC-; y, (3) las tarifas cobradas por las empresas promotoras de salud -EPS que prestan el POS. Cualquier movimiento que se haga en uno de estos elementos, por estar interrelacionados, afecta a los demás y, por lo tanto, tiene implicaciones sobre el equilibrio financiero del sistema.

Dada la escasez de recursos, la decisión de incluir un medicamento en el POS que carece del adecuado soporte financiero, repercutiría en desmedro de los sectores más pobres de la población que tienen la expectativa de ser cubiertos por el régimen subsidiado y de que los servicios del POS subsidiado sean nivelados con los del contributivo, pues los recursos provenientes del situado fiscal y de la participación de los ingresos de la Nación alcanzarían para afiliar un menor porcentaje de población pobre.

²⁴ Sentencia T-527/93 (M.P. Jorge Arango Mejía).

En las circunstancias macroeconómicas actuales, y dada la magnitud del déficit fiscal, una eventual ampliación de la cobertura del POS implicaría la urgente inyección de dineros del presupuesto nacional para sufragar los costos.

Ello explica que para la inclusión de un medicamento en el POS se exijan estudios de costo-efectividad y de cambios en la estructura demográfica de la población, sobre el perfil epidemiológico nacional, y sobre la tecnología apropiada disponible en el país y, además, **sobre las condiciones financieras del sistema.**

Respecto de las condiciones financieras del sistema, en sentencia C-252 de 2010, mediante la cual se declaró inexecutable el Decreto 4975 de 2009²⁵ (23 de diciembre), la Corte Constitucional señaló:

*“La Corte también ha destacado la sostenibilidad financiera del sistema de salud, toda vez que dicho servicio requiere disponer de un flujo permanente de recursos que le permita su mantenimiento para la oportuna y adecuada prestación. **El equilibrio financiero, en palabras de la Corte, tiene como finalidad garantizar la viabilidad del sistema de salud y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo.***²⁶

*Ha de resaltar esta Corporación que la Asociación Internacional para la Seguridad Social -AISS-²⁷, llama la atención en que la extensión de la cobertura con prestaciones adecuadas se debe promover **garantizando al mismo tiempo la sostenibilidad financiera de los regímenes.** Los estudios que se han realizado muestran que algunos países han empezado a crear y ampliar fondos de reserva para garantizar la sostenibilidad a largo plazo y poder así disponer de una salvaguarda para periodos de dificultad. **Afirma que la clave está en que las instituciones de seguridad social permanezcan alertas y minimicen los riesgos asociados acogiendo estructuras de gobernanza sólidas y garantizando que las fuentes de ingresos resulten sostenibles financieramente en regímenes de seguridad social.** Se busca avanzar en la consecución de sistemas de protección accesibles y sostenibles, que no sólo proporcionen protección sino que también adopten planteamientos preventivos, faciliten la rehabilitación y la reintegración, y contribuyan a una mejor realización de las sociedades inclusivas y productivas.^{28,29}(Se resalta)*

²⁵ Mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia en Materia de Salud

²⁶ Ver, sentencias C-463 de 2008, C-824 de 2004, C-559 de 2004, C-1040 del 2003 y SU.480 de 1997, entre otras.

²⁷ Es la organización internacional líder a nivel mundial que reúne a departamentos gubernamentales así como a administraciones y agencias de seguridad social. Los miembros de la AISS son organizaciones e instituciones que administran la seguridad social en la mayoría de los países del mundo, incluidas todas las formas de protección social obligatoria que, en virtud de las legislaciones o de las prácticas de cada país, forman parte integrante de los regímenes nacionales de seguridad social. Creada en 1927, la AISS tiene su sede en Ginebra, Suiza. Consultar página: <http://www.issa.int/esl/A-proposito-de-la-AISS/Mision>

²⁸ Panorama sobre el mundo del trabajo. Organización Internacional del Trabajo. Una visión dinámica de la prevención: La Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS). www.ilo.org/wow/articles/lang--es/

²⁹ Sentencia C-252 de 2010, Ref.: R.E.152, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció preceptos constitucionales que salvaguardan las condiciones financieras del Sistema de Seguridad Social y garantizan la cobertura progresiva.

Igualmente, se advierte que no se desvirtuaron las consideraciones por las cuales el Comité Técnico Científico conceptuó desfavorablemente la inclusión de la “TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades” en el POS; ni que ante la necesidad imperiosa de suministrar este medicamento para garantizar la vida en condiciones dignas, este se hubiera negado a los pacientes.

En diversas acciones de tutela, se advierte que la Corte Constitucional ha ordenado suministrar este medicamento para tratamientos no estéticos, que sean necesarios para desarrollar la vida en condiciones dignas, cuando quiera que ha sido negado su suministro por parte de las EPS.

En efecto, mediante sentencia T-989 de 2005, dicha Corporación dispuso:

*“ORDENAR a la Dirección General de Colmédica E.P.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, disponga lo pertinente **para que en adelante se suministre de manera oportuna e ininterrumpida, el medicamento toxina botulínica (botox) al señor Hugo Efraín Guerra Galindo, por el tiempo y la cantidad que el médico tratante disponga. (...)**”³⁰*

En un mismo sentido, mediante sentencia T-506 de 2007 la misma Corte estableció:

*“ORDENAR a la ARS EMSSANAR que dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, **suministre el medicamento Toxina Botulínica (Botox) a la señora María Esneda Ruiz quien se identifica con la cédula de ciudadanía 24.569603 Calarcá, Quindío, y adelante los procedimientos que sean necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece la accionante.**”³¹*

³⁰ Sentencia T-989 de 2005, Actor: Hugo Efraín Guerra Galindo, Rad.: T-1143860, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³¹ Sentencia T-506 de 2007, Actor: María Esneda Ruiz, Rad.: T-1577698, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

1° **REVÓCASE** la sentencia apelada.

2° **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

3° En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÚMPLASE, CÓPIESE, Y NOTIFÍQUESE

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO

MARCO ANTONIO VELLILLA