

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009).

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Expediente núm. 2004-00340.

Acción: Nulidad.

Actora: ELIANA SUÁREZ HERNÁNDEZ.

La ciudadana **ELIANA SUÁREZ HERNÁNDEZ**, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del literal b) y el inciso final del numeral 2.1. del artículo 2º de la Resolución 002949 de 3 de octubre de 2003 "Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se

deben anexar como soporte a las solicitudes de pago”, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

#### I-.FUNDAMENTOS DE DERECHO

El artículo 2° de la Resolución 002949 de 3 de octubre de 2003, del cual forma parte el acto acusado, es del siguiente tenor:

“Artículo 2°. Monto a reconocer y pagar por recobros originados en fallos de tutela. Para efectos de determinar los montos a reconocer y pagar por concepto de recobros por fallos de tutela, se tendrán en cuenta los siguientes criterios de liquidación según sea el caso: (negrilla y subraya fuera de texto).

2.1 Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS. Cuando se trate del recobro de medicamentos no listados en el Acuerdo 228 del CNSSS y demás disposiciones que lo modifiquen adicionen o sustituyan y que en virtud de un fallo de tutela deban ser suministrados, el valor a reconocer y pagar se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

a) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo: El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo en dicho Acuerdo, será el resultante de restar al valor de la cantidad del medicamento, según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto, el valor de

la cantidad del medicamento homólogo listado que en su defecto se suministraría, según el valor certificado en el listado de precios del proveedor o el listado avalado por el Ministerio de la Protección Social;

**b) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo: El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en el mismo, será el 50% del valor de la cantidad del medicamento según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto.**

Al valor resultante de los literales a) y b) del presente numeral, se le descontará el valor de la cuota moderadora que aplique al afiliado, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

**Excepcionalmente a lo dispuesto en el presente numeral, se reconocerá y pagará el total del valor facturado por el proveedor para medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS ordenados a suministrar por fallos de tutela, siempre y cuando la EPS o EOC demuestre mediante acta fechada con anterioridad a la fecha del fallo que su Comité Técnico Científico tramitó en debida forma la solicitud del medicamento, pero que por pertinencia demostrada o por no cumplir con los criterios de autorización fue negado, para lo cual se deberá anexar el acta como soporte del recobro.**

2.2 Procedimientos, intervenciones y medicamentos incluidos en el Plan de Beneficios del Régimen contributivo, en los cuales el

afiliado no ha cumplido con los períodos mínimos de cotización. Para el caso de actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos incluidos en los Planes de Beneficios del Régimen contributivo, en los cuales el afiliado no ha cumplido con los períodos de cotización necesarios para que la EPS o EOC garantice su total prestación, el valor a reconocer y pagar por el Fosyga será el porcentaje equivalente a las semanas faltantes para cumplir el total de las requeridas según sea el caso (52 ó 100 semanas). Este porcentaje se aplicará al valor facturado por el proveedor sobre los conceptos enunciados en el presente numeral, incluyendo las pruebas diagnósticas que se requieran dentro de la atención o para el seguimiento del tratamiento postoperatorio intra-hospitalario del evento, complicaciones relacionadas exclusivamente con el evento, excluyendo de este pago las pruebas dirigidas a definir el diagnóstico y la atención inicial de urgencias.

2.3 Actividades y procedimientos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud. En el caso de actividades, procedimientos e intervenciones no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, POS, el valor a reconocer y pagar por el Fosyga se liquidará sobre el valor total facturado por el proveedor, incluyendo las pruebas diagnósticas que se requieran dentro de la atención o para el seguimiento del tratamiento postoperatorio intra-hospitalario del evento, complicaciones relacionados exclusivamente con el evento, excluyendo de este pago las pruebas dirigidas a definir el diagnóstico y la atención inicial de urgencias". (Las subrayas y negrillas fuera de texto corresponden al acto acusado).

1º: Sostiene la actora que el acto acusado viola el artículo 13 de la Constitución Política, pues en los fallos de tutela, cuando los Jueces protegen el derecho a la salud y a la vida de los afiliados, ordenan a las EPS ARS o EOC, el suministro de medicamentos que no están incluidos en el POS y otorgan a estas entidades la facultad de recobrar al FOSYGA los valores que se causan por las prestaciones sobre las cuales no tienen obligación con sus afiliados.

Explica que mediante la Resolución acusada parcialmente se establece el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de dichas prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago.

Resalta que cuando en los fallos de tutela se ordenan medicamentos que no están en el POS- que actualmente son los listados en el Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud- puede suceder que aún cuando no están incluidos en dicho Acuerdo, tengan homólogo en el mismo y en tal sentido es razonable entender que tales medicamentos se encuentran financiados en el POS en la

misma medida en que el homólogo que sí está en el POS se ha tenido en cuenta para el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación UPC, que reciben las mencionadas entidades por la prestación y garantía del POS.

Que, por lo anterior, y teniendo en cuenta que el recobro al FOSYGA tiene por objeto restablecer la ecuación económica contractual de las EPS, ARS y EOC, reconociéndoles el valor de las prestaciones que no están obligadas a suministrar, en el caso de los medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 que tienen homólogo en el mismo, se reconoce el excedente del valor del medicamento que sí está en el POS.

Que, en consecuencia, resulta apenas razonable que en tratándose de medicamentos que no tienen homólogo en el Acuerdo 228, se reconozca el 100% del valor del medicamento por cuanto dichos medicamentos no son tenidos en cuenta para el cálculo de la UPC y se trata de una prestación que definitivamente no ha sido tomada en cuenta para su cálculo.

Concluye que los párrafos señalados vulneran el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, por cuanto al establecer los criterios de liquidación para efecto de determinar los montos de los recobros a reconocer y pagar por parte del FOSYGA a las EPS, ARS y EOC, por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS, sin homólogo o similar en el mismo Acuerdo, se dio un trato discriminatorio que carece de justificación (reconocimiento del 50% delo valor del medicamento); en tanto que para los montos de los recobros a reconocer y pagar por parte del FOSYGA a las mismas entidades en relación con medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228, con homólogo o similar en el mismo Acuerdo, se reconoce el 100% del valor del medicamento.

2º: Que se violó el artículo 121 de la Carta Política, ya que el Ministerio ejerció facultades que son de competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, pues los artículos 172 y 218 de la Ley 100 de 1993 radican en dicho Consejo la potestad de ejercer las funciones del Consejo de Administración del FOSYGA y

determinar los criterios de empleo y distribución de los recursos del mismo.

3º: Que se violaron los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, pues debe tenerse en cuenta que la UPC que reciben las entidades está calculada para asumir únicamente prestaciones y medicamentos del POS no incluidos en el Acuerdo 228, sin similar en el mismo Acuerdo, ordenado por fallos de tutela, luego se desborda el contenido de la relación contractual EPS-ESTADO y por ello al no estar financiados dentro de la misma, deben ser cancelados a cargo del Estado, quien lo hace a través del FOSYGA.

Resalta que cuando en un fallo de tutela se ordena el suministro de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228, sin homólogo o similar en el mismo, es claro que las entidades deben suministrar medicamentos que no se encuentran financiados por la UPC que reciben por el suministro del POS y por ello el Juez de Tutela ordena el mantenimiento de la ecuación económica contractual y el



equilibrio financiero de dichas entidades, mediante el recobro al Estado a través del FOSYGA; no hacerlo, atentaría contra los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, según lo señala la jurisprudencia constitucional al desestabilizarlas financieramente y consecuentemente poner en riesgo a todo el Sistema.

Por ello, cuando la norma demandada pretende que se restablezca solo la mitad del desequilibrio financiero que las entidades soportan y que los jueces de tutela ordenan restablecer por el suministro de medicamentos que exceden la relación contractual con el Estado, y cuando en la misma circunstancia establece requisitos torticeros para que solo se restablezca la totalidad bajo el cumplimiento de condiciones que nada tienen que ver con el fin propuesto de restablecer el equilibrio, es claro que se desconocen los principios antes enunciados.

## **II-. TRAMITE DE LA ACCIÓN**

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

## **II.1-. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**II.1.1.-**La Nación **-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-** a través de apoderada contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones argumentó, en síntesis, lo siguiente:

Explica que si bien existe un trato diferencial cuando se determina el valor a reconocer y pagar por los medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 sin homólogo, que son concedidos por vía de Comité Técnico Científico, no se viola el artículo 13 de la Carta Política, pues no es lo mismo cuando se conceden tales medicamentos en virtud de fallos de tutela.

Que para entender la definición del reconocimiento del 50% del valor de los medicamento no POS sin homólogo recobrados por tutela, es preciso atender el texto del

artículo 8° del Acuerdo 83, ya que hay una circunstancia excepcional al no contar con homólogo en el POS y por ello se da la alternativa de que el 50% lo asuma la entidad que los autoriza y el otro 50% solidariamente el FOSYGA.

Que no es válido considerar que el equilibrio financiero de las EPS, ARS y EOC se afecte, si dichas entidades pudiendo someter a la consideración del Comité Técnico Científico la autorización de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228, deciden no hacerlo, debiendo el afiliado recurrir a la acción de tutela, situación que determina que el valor del reconocimiento no sea pleno. Es decir, que la consecuencia de que el reconocimiento no sea pleno no obedece a nada distinto que a la decisión autónoma y conciente de la entidad.

Enfatiza en que justamente en virtud de los pronunciamientos de la Corte Constitucional el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través de los Acuerdos 83 de 1997 y 228, reconoció la necesidad de mantener el equilibrio financiero de todo el Sistema.

### III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo se mostró partidario de que se denieguen las pretensiones de la demanda porque, en su opinión, el Ministerio de la Protección Social tiene plena competencia como Administrador del Sistema de Seguridad Social en Salud para hacer las regulaciones contenidas en el acto acusado.

Que el actor no demostró en qué medida el hecho de que no se pague el 100% del valor de los medicamentos genere desequilibrio económico, pues el Sistema General de Seguridad Social en Salud está financiado con recursos recibidos por concepto de cotizaciones, cuotas moderadoras y copagos, así como con los dineros que aporta el Estado; y con base en dichos ingresos y en los cálculos previamente elaborados sobre el fundamento de estudios se ha fijado el valor de la UPC y se ha establecido que a las EPS les corresponde asumir los costos de los medicamentos o tratamientos no incluidos en

el POS, bien sea por disposición de los Comités Técnico Científicos o por decisiones de tutela.

Estima que de reconocerse el 100% para los medicamentos no POS con homólogo en el Acuerdo 228, en la práctica determinaría la inoperancia del Comité Técnico Científico, mecanismo idóneo y regular para reconocer y pagar los medicamentos no incluidos en el POS, que por la circunstancia excepcional y particular del paciente pueden acudir a la acción de tutela.

A su juicio, lo que pretende el acto acusado es obtener mejor utilización de los recursos disponibles para que el servicio de salud sea prestado en forma adecuada.

#### **IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

El artículo 2º de la Resolución 002949 de 3 de octubre de 2003, del cual forma parte el acto acusado, es del siguiente tenor:

"Artículo 2°. Monto a reconocer y pagar por recobros originados en fallos de tutela. Para efectos de determinar los montos a reconocer y pagar por concepto de recobros por fallos de tutela, se tendrán en cuenta los siguientes criterios de liquidación según sea el caso: (negrilla y subraya fuera de texto).

2.1 Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS. Cuando se trate del recobro de medicamentos no listados en el Acuerdo 228 del CNSSS y demás disposiciones que lo modifiquen adicionen o sustituyan y que en virtud de un fallo de tutela deban ser suministrados, el valor a reconocer y pagar se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

a) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo: El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo en dicho Acuerdo, será el resultante de restar al valor de la cantidad del medicamento, según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto, el valor de la cantidad del medicamento homólogo listado que en su defecto se suministraría, según el valor certificado en el listado de precios del proveedor o el listado avalado por el Ministerio de la Protección Social;

**b) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo: El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en el mismo, será el 50% del valor de la cantidad del medicamento según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto.**

Al valor resultante de los literales a) y b) del presente numeral, se le descontará el valor de la cuota moderadora que aplique al afiliado, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

**Excepcionalmente a lo dispuesto en el presente numeral, se reconocerá y pagará el total del valor facturado por el proveedor para medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS ordenados a suministrar por fallos de tutela, siempre y cuando la EPS o EOC demuestre mediante acta fechada con anterioridad a la fecha del fallo que su Comité Técnico Científico tramitó en debida forma la solicitud del medicamento, pero que por pertinencia demostrada o por no cumplir con los criterios de autorización fue negado, para lo cual se deberá anexar el acta como soporte del recobro.**

2.2 Procedimientos, intervenciones y medicamentos incluidos en el Plan de Beneficios del Régimen contributivo, en los cuales el afiliado no ha cumplido con los períodos mínimos de cotización. Para el caso de actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos incluidos en los Planes de Beneficios del Régimen contributivo, en los cuales el afiliado no ha cumplido con los períodos de cotización necesarios para que la EPS o EOC garantice su total prestación, el valor a reconocer y pagar por el Fosyga será el porcentaje equivalente a las semanas faltantes para cumplir el total de las requeridas según sea el caso (52 ó 100 semanas). Este porcentaje se aplicará al valor facturado por el proveedor sobre los conceptos enunciados en el presente numeral, incluyendo las pruebas diagnósticas que se requieran dentro de la atención o para

el seguimiento del tratamiento postoperatorio intra-hospitalario del evento, complicaciones relacionadas exclusivamente con el evento, excluyendo de este pago las pruebas dirigidas a definir el diagnóstico y la atención inicial de urgencias.

2.3 Actividades y procedimientos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud. En el caso de actividades, procedimientos e intervenciones no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, POS, el valor a reconocer y pagar por el Fosyga se liquidará sobre el valor total facturado por el proveedor, incluyendo las pruebas diagnósticas que se requieran dentro de la atención o para el seguimiento del tratamiento postoperatorio intra-hospitalario del evento, complicaciones relacionados exclusivamente con el evento, excluyendo de este pago las pruebas dirigidas a definir el diagnóstico y la atención inicial de urgencias". (Las subrayas y negrillas fuera de texto corresponden al acto acusado).

En lo que respecta al literal b), inciso 1º, del artículo 2º, acusado, debe denegarse la declaratoria de su nulidad.

En efecto, la Sala en sentencia de 4 de septiembre de 2008, (Expediente núm. 2003-00327, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), reiterada en sentencia de 18 de junio de 2009 (Expedientes acumulados 2004-00139 y 2004-00175, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Planeta), al estudiar los artículos 3º de la



Resolución núm. 2312 de 12 de junio de 1998 y 11, literal b), de la Resolución núm. 002948 de 3 de octubre de 2003, declaró la nulidad de los mismos, los cuales preveían **que en relación con medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS, sin homólogo, el monto a pagar sería del 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico Científico, según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto**, por cuanto consideró la Sala que tal disposición introducía un desequilibrio en el sistema de seguridad social, amén de que encerraba una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA cuyo manejo estaba reservado al CNSSS; y que en dicho valor no se tiene en cuenta al momento de determinar el monto de las unidades de pago por capitación, a las cuales tienen derecho las EPS por cada afiliado o beneficiario.

**Ahora, en el caso de la disposición en estudio no son válidas las anteriores consideraciones**, habida cuenta de que dicha disposición está referida al **MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR RECOBROS ORIGINADOS EN FALLOS DE TUTELA**, lo cual

determina una situación fáctica totalmente diferente de la que se tuvo en cuenta en las precitadas sentencias, **cuyas normas anuladas no guardaban relación con recobros originados en fallos de tutela.** Por ende, las consecuencias jurídicas deben ser distintas, ya que, como se verá más adelante, precisamente, lo que se trata de evitar es que los usuarios de la salud no se vean avocados a acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de su derecho a la salud y a la vida, lo que encuentra plena justificación en cuanto a que el reconocimiento del valor a pagar sea parcial.

En lo tocante al artículo 2º, literal b), inciso final, es preciso traer a colación apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C- 463 de 2008, Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería, que estudió la demanda de inexecutable del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, la cual guarda estrecha relación con el tema que se examina en esta oportunidad.

En efecto, sostuvo la Corte en la precitada sentencia:

"...6.1.1 El aparte cuya constitucionalidad se estudia "En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga" (Se resalta fuera de texto).

...De la previsión anterior, colige la Corte que para el Legislador los requerimientos en salud de que trata el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007, se encuentran íntimamente relacionados con la vulneración de derechos fundamentales protegibles vía de la acción tutelar, razón por la cual estableció una consecuencia económica en caso que las EPS incumplan con su obligación de estudiar oportunamente tales solicitudes y tramitarlas ante el Comité Técnico Científico y dicha prestación sea ordenada mediante acción de tutela, caso en el cual los costos de la prestación ordenada serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga..." (se resalta en negrilla y subrayas fuera de texto).

"Esta Sala encuentra necesario hacer dos precisiones antes de entrar en el análisis concreto de las expresiones demandadas, acerca de la jurisprudencia de esta Corte, en relación con el carácter y función de los Comités Técnicos Científicos, y otra en relación con las prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante, entre ellas los medicamentos, criterios que son claves para entender el sentido de la norma acusada dentro del marco constitucional.

6.1.2 En relación con los Comités Técnicos Científicos esta Corte reitera su jurisprudencia (i) en primer lugar, en el sentido de que estos Comités son instancias meramente administrativas cuyos procedimientos no pueden oponerse a los afiliados al momento de hacer efectivo el derecho a la salud de

los usuarios a través de la prestación de servicios médicos no cubiertos por el POS; (ii) en segundo lugar, en el sentido de que son los **médicos tratantes** los competentes para solicitar el suministro de servicios médicos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud; (iii) en tercer lugar, en el sentido de que cuando exista una divergencia entre el criterio del Comité Técnico Científico y el médico tratante prima el criterio del médico tratante, que es el criterio del especialista en salud.

En este sentido es que la Corte en materia de tutela ha reiterado que: *"ni las Entidades promotoras de Salud ni los jueces de tutela pueden negar a los usuarios el suministro de medicamentos argumentando que estos no han agotado todo el procedimiento por no haber presentado solicitud de autorización al Comité Técnico Científico"* <sup>1</sup>.

Así también, la Corte ha señalado, en repetidas oportunidades, que las resoluciones que han reglamentado los Comités Técnico-Científicos<sup>2</sup> -CTC- han establecido que los médicos tratantes adscritos a las entidades prestadoras de servicios de salud son los competentes para solicitar ante el CTC la entrega de medicamentos por fuera del POS. En este sentido, la resolución 2933/06, expedida por el Ministerio de la Protección Social, norma vigente sobre la materia, establece en su artículo 4 las funciones del CTC. Allí se dispone que son los médicos tratantes quienes tienen la competencia de solicitar el suministro de medicamentos por fuera del Plan Obligatorio de Salud...."

"...De lo anterior se desprende que, el procedimiento previsto por las EPS para el otorgamiento de

---

<sup>1</sup> Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-322/05, T-1331/05, T-1271/05, T-1249/05.

<sup>2</sup> Los Comités Técnicos- Científicos (CTC) fueron creados por la ley 100 de 1993 artículo 188 que establece que los afiliados puedan solicitar ante los CTC las reclamaciones originadas en la asistencia que afecte la prestación del servicio de salud. Los CTC han sido reglamentado por el Ministerio de la Protección Social en varias resoluciones, entre ellas, 5061 de 1997, 2948 de 2003, 3797 de 2004 y 2933/06. Esta última es la reglamentación vigente.

servicios médicos por fuera del POS corresponde a un trámite administrativo interno de las entidades prestadoras de salud el cual no puede ser oponible al afiliado al sistema, ya que: i) no le corresponde adelantarlo por su propia cuenta, al no ser competente y además ii) este requisito constituye una carga administrativa propia de la entidad, que no puede establecerse como una barrera para el goce efectivo de los servicios de salud<sup>3</sup>.

Claro lo anterior, esta Corte considera que una vez ordenado algún servicio médico por el médico tratante, quien es el profesional especializado competente para determinar lo que necesita una persona para promover, proteger o recuperar su salud, y si dicho servicio de salud no se encuentra cubierto por el POS, este requerimiento debe ser llevado por las EPS a los CTC para su respectiva consideración y aprobación. En caso contrario, esto es, cuando la EPS no estudie oportunamente tales solicitudes, ni las tramite ante el CTC, y cuando se obligue a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos deberán ser cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga, tal y como lo dispone la norma. (Subraya la Sala fuera de texto).

Finalmente debe anotar esta Corte que los Comités Técnicos Científicos se encuentran regulados tanto para las EPS del Régimen Contributivo como para las EPS del Régimen Subsidiado, de conformidad con el artículo 1 de la Resolución 2948 del 2003 del Ministerio de Salud...".

"...Finalmente, considera la Corte que no son de recibo los argumentos planteados por los intervinientes a favor de la constitucionalidad de las expresiones acusadas en el sentido de que para los casos que quedan excluidos por la norma demandada, los usuarios en salud tienen la acción de tutela, por cuanto con este argumento se pretende

---

<sup>3</sup> Ver Sentencia T-790 del 2007, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

institucionalizar la acción de tutela como mecanismo para conceder las prestaciones en salud no incluidas en el plan de beneficios del POS del Régimen Contributivo o del POS-S del Régimen Subsidiado. Con ello se institucionaliza por un lado la vulneración de los derechos fundamentales, y por otro se desvirtúa el carácter de la acción de tutela, por cuanto el carácter de la tutela es excepcional y residual o subsidiario, de manera que solo procede cuando se han agotado y han fallado todos los mecanismos a que tiene derecho el ciudadano para hacer valer sus derechos fundamentales.

Por consiguiente, tal y como está redactada la norma, con las exclusiones y limitaciones a que se ha hecho mención, tiene el efecto perverso de conminar a los ciudadanos excluidos del beneficio relativo a la prestación de servicios de salud No-POS y respecto de todo tipo de prestaciones, a tener que presentar siempre acciones de tutela para poder acceder a dichas prestaciones y con ello lograr la protección efectiva de su derecho a la salud. Lo anterior, no puede ser aceptado, tolerado, ni permitido por esta Corporación, que tiene el máximo deber de velar por la guarda de la supremacía de la Constitución, sus valores, principios y derechos.

Evidencia entonces la Sala, que la disposición acusada entraña una **protección deficiente** del derecho a la salud, ya que el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007 sólo prevé el beneficio contemplado en dicha disposición para los usuarios que se encuentren en la situación fáctica de padecer enfermedades "de alto costo", de estar afiliados al "régimen contributivo" y sólo en relación con "medicamentos" no incluidos en el plan de beneficios de tal régimen, lo cual en forma consecuente excluye de la prestación de servicios No-POS a los usuarios que se encuentren en la situación fáctica de padecer enfermedades no catalogadas como "de alto costo", de estar afiliados al Régimen Subsidiado y en relación con todas las clases y tipos posibles de prestaciones en salud,

como medicamentos, diagnósticos, procedimientos, tratamientos, cirugías, intervenciones, o cualquier otro tipo de prestación en salud, que de conformidad con el criterio del médico tratante sea necesaria para la promoción, protección o recuperación de la salud, de conformidad con los artículos 48 y 49 Superiores...”

“...En concordancia con lo anterior, esta Sala reitera que en cuanto se trate de una prestación en salud ordenada por el médico tratante, este requerimiento se convierte en fundamental para la persona en aras de recuperar su salud, trátase de la enfermedad de que se trate, y que por tanto las EPS deben estar obligadas a llevar a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos y solicitudes del médico tratante para su cubrimiento en caso de no estar contemplados dentro de los servicios médicos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud tanto del Régimen Contributivo como del Régimen Subsidiado...”.

“...Así las cosas, y con fundamento en todo lo expuesto en la parte considerativa y motiva de esta providencia, encuentra la Sala que la obligación que se impone a las EPS como consecuencia jurídica por haber vulnerado el derecho a la atención oportuna y eficiente de los servicios médicos no puede limitarse a los usuarios que requieran los medicamentos para enfermedades de alto costo ni a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, pues no se encuentra justificación para ese trato distinto a usuarios que están en la misma situación frente al goce efectivo de su derecho a la salud, de manera que tal y como se encuentra redactada la norma resulta vulneratoria de los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional. (Se resalta fuera de texto).

En consecuencia, la Corte teniendo en cuenta el principio de “*conservación del derecho*” condicionará la exequibilidad del aparte contenido en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007, de

manera que se entienda que el reembolso a que son obligadas las EPS objeto de un fallo de tutela, también se aplica respecto de todos los medicamentos y servicios médicos ordenados por el médico tratante no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legales de seguridad social en salud vigentes.

Respecto de este condicionamiento impuesto por esta Corte, la Sala se permite aclarar: (i) en primer lugar, que el contenido normativo que se analiza y se condiciona como quedó expuesto, contiene el supuesto normativo de que existe una orden judicial proferida por un juez de tutela que ordena la entrega de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, intervenciones, o cualquier otro servicio médico, todos ellos excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS-, y que como consecuencia de dicha orden judicial, cualquier controversia quedará saldada; (ii) en segundo lugar, que a lo que tienen derecho las EPS, de conformidad con las disposiciones legales en salud, es a recuperar lo que está excluido del POS, por cuanto respecto de las prestaciones en salud que se encuentran incluidas en el POS, las EPS no pueden repetir contra el Fosyga.

Con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. **En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán**



cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga... (Se resalta por la Sala fuera de texto)..."

De los apartes transcritos, de la sentencia de la Corte Constitucional, que la Sala prohíja en esta oportunidad, se colige que existe una consecuencia jurídica adversa para las EPS o EOC cuando no atienden oportunamente las reclamaciones de los usuarios, fundamentadas en las recomendaciones del médico tratante, obligándolos a acudir a la acción de tutela, lo que en muchas ocasiones implica poner en riesgo su vida.

La norma acusada exonera a tales entidades de dicha consecuencia jurídica adversa, no obstante que su Comité Técnico Científico se aparta de las prescripciones del médico tratante, obligando a los usuarios a acudir a la acción de tutela. Es decir, que si tales entidades pueden someter a la consideración del Comité Técnico Científico la autorización de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228, y deciden no hacerlo, debiendo el afiliado recurrir a la acción de tutela, ello significa que el valor del

reconocimiento no puede ser pleno, pues es por su propio comportamiento que se someten al monto del 50%.

En cuanto al inciso 4º, del literal b), del artículo 2º, de la Resolución núm. 002949 de 3 de octubre de 2003, estima la Sala que tiene vocación de prosperidad el cargo de violación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, pues, conforme se desprende del alcance que a dichos principios dio la Corte Constitucional en la sentencia citada anteriormente, el carácter universal del derecho a la seguridad social en salud implica que el mismo cobije a **todas las personas** sin posibilidad de discriminación alguna, para que reciban la prestación de todos los servicios necesarios para la prevención, promoción, protección y recuperación de la salud, frente a lo cual se opone la norma acusada, al obligar al usuario a acudir a la acción de tutela.

De tal manera que, conforme al alcance de la sentencia de la Corte Constitucional que ha quedado transcrita, el

Comité Técnico Científico no puede denegar el suministro del medicamento aduciendo pertinencia o no cumplimiento de los criterios de autorización, como se alude en el aparte cuestionado, **pues siempre debe prevalecer el criterio del médico tratante;** y si su decisión obliga al afiliado a acudir a la acción de tutela, mal puede premiarse a la EPS o EOC, reconociéndole el valor pleno del medicamento, cuyo Comité Científico la hizo incurrir en omisión, vulnerando con ello los derechos a la salud y a la vida de los pacientes.

El texto de la referida sentencia de la Corte Constitucional es diáfano en establecer el reconocimiento del 50% por partes iguales, cuando medie acción de tutela. Luego, no cabe hacer la excepción de la norma en estudio para reconocer un monto pleno frente a una misma situación, cual es, la de haber propiciado que el usuario acuda a la acción de tutela.

En consecuencia, resulta claro para la Sala que el primer aparte demandado se ajusta a la Ley y a la Constitución, conforme al alcance de la pluricitada sentencia de la

Corte Constitucional; no así el segundo aparte, por las razones precedentes.

**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.- DENIÉGASE** la nulidad del artículo 2º, literal b), inciso 1º, de la Resolución 002949 de 3 de octubre de 2003, acusada.

**2.- DECLÁRASE** la nulidad del artículo 2º, literal b), inciso final, ibídem.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 18 de junio de 2009.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO  
Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFIA SANZ TOBON

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO