

**IMPACTO JURÍDICO Y PRESUPUESTAL DE LOS FALLOS DE TUTELA NO
POS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO SECTOR SALUD, EN LAS EPS DEL
MUNICIPIO DE PASTO**

**DIANA CAROLINA HIDALGO CASTRO
LUIS CARLOS VILLARREAL RODRÍGUEZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2005**

**IMPACTO JURÍDICO Y PRESUPUESTAL DE LOS FALLOS DE TUTELA NO
POS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO SECTOR SALUD, EN LAS EPS DEL
MUNICIPIO DE PASTO**

TRABAJO DE GRADO

**DIANA CAROLINA HIDALGO CASTRO
LUIS CARLOS VILLARREAL RODRÍGUEZ**

**Dr. MARIO FERNANDO MUÑOZ AGREDO
Director de Tesis**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2005**

**“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado, son
responsabilidad exclusiva del autor”.**

**Artículo 1 del acuerdo No. 324 de Octubre 11 de 1966. emanada del
honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.**

Nota de Aceptación:

Firma del presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, Octubre 17 de 2005.

AGRADECIMIENTOS

Al doctor MARIO FERNANDO MUÑOZ AGREDO, por su asesoría en el desarrollo de este trabajo. Sin su valiosa colaboración no hubiese sido posible emprender este proyecto.

A las Entidades Promotoras de Salud de esta ciudad, por permitirnos desarrollar la presente investigación mediante el acceso a sus archivos.

A los Jueces Municipales y de Circuito de Pasto, por su colaboración incondicional.

Finalmente y con especial cariño a nuestros padres y hermanas, por la confianza depositada en nosotros.

TABLA DE CONTENIDO

	Págs
INTRODUCCION	
1. MARCO LEGAL	15
2. MARCO JURISPRUDENCIAL	23
2.1 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL	23
2.1.1 Primera Fase Jurisprudencial. La adopción y desarrollo del principio de Conexidad	24
2.1.2 Segunda Fase Jurisprudencial. Formulación de subreglas que obligan al suministro de servicios no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud	25
2.1.3 Tercera Fase Jurisprudencial. Ampliación de las perspectivas de aplicación del derecho a la salud en conexión con la vida, no solo tendiente a recuperar el estado de salud, sino también a mantenerlo.	27
2.2 FUNDACIÓN DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL: PRINCIPIO DE CONEXIDAD	28
2.3 EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD EN EL MARCO DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES POR CONEXIDAD	30
3. JUECES DE TUTELA LOCALES	43
3.1 HACIA UNA DEFENSA DEL PRECEDENTE EN MATERIA DE DERECHOS PRESTACIONALES	43
3.2 HACIA UNA DEFENSA DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS PRESTACIONALES	44
4. DEFENSA DE LAS EPS DE LA CIUDAD DE PASTO. EL EQUILIBRIO FINANCIERO	47
4.1 CAJANAL EPS Y LA CLÍNICA SAN JUAN DE PASTO IPS	48
4.2 COOMEVA EPS	50
4.3 INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	51
4.4. SALUDVIDA EPS	52
4.5 SOLSALUD EPS	54
5. FALLOS DE TUTELA LOCALES	56
6. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN	91
6.1 DE LA VALORACIÓN PROBATORIA	91
6.2 DEL RECOBRO ANTE EL FOSYGA	93
6.3 DE LA AMPLIACIÓN DEL POS	95
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	

TABLA DE GRAFICOS

		Págs
I	Subjetividad en fallos de tutela no POS	78
II	Razones de subjetividad en los fallos de tutela no POS	79
III	Desequilibrio financiero en las EPS por fallos de tutela no POS	80
IV	Garantía de equilibrio presupuestal con la acción de recobro ante el FOSYGA	81
V	Las falencias del SGSSS como fuente de tutela no POS	82
VI	Problemas del SGSSS	83
VII	Reforma de la acción de tutela	84
VIII	Fallos de muestra	85
IX	Fundamentos de tutelas no POS	86
X	Recobro ante el FOSYGA	87
XI	Fundamentos de los fallos que no conceden servicios no POS	88
XII	Análisis probatorio en los fallos no POS	89

RESUMEN

La acción de tutela desde su creación ha sido el mecanismo de defensa judicial más utilizado en aras de proteger las garantías de cuya naturaleza se predica un carácter fundamental. Sin embargo, al tenor de la jurisprudencia vertida por la Corte Constitucional, su campo de aplicación se ha extendido a prerrogativas de índole prestacional, entre ellas el derecho a la salud con estribo en el principio de conexidad. En este ámbito se concede por vía del amparo constitucional el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del listado oficial, toda vez que con ello además de garantizarse el restablecimiento de la salud de un paciente, se salvaguardan sus derechos esenciales a la vida en condiciones de dignidad y a la integridad personal. Tales criterios son acogidos por los jueces de tutela locales, para respaldar los fallos que acceden a las pretensiones del accionante que solicita servicios que no están contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

No obstante, tales postulados encuentran diversos opositores, verbigracia las Entidades Promotoras de Salud, las que manifiestan que el que se les exija por vía de tutela que proporcionen tratamientos, procedimientos y medicamentos que están por fuera de las obligaciones que en principio se contemplaron en su relación contractual con el Estado, les representa graves traumatismos de índole jurídica y presupuestal. Más a través de la presente investigación se concluye que si bien la acción de tutela que concede el suministro de servicios excluidos del reglamento oficial puede ser aducida como la causa inmediata de tal tipo de desequilibrios, no es una causa autónoma o principal, pues la misma es producto de las falencias que se registran en el Sistema de Seguridad Social en Salud concebido en su generalidad, siendo formuladas las soluciones pertinentes con fundamento en esta problemática.

ABSTRACT

The action of it guides from their creation it has been the mechanism of judicial defense more used for the sake of protecting the guarantees of whose nature a fundamental character is preached. However, to the tenor of the jurisprudence poured by the Constitutional Court, their application field has extended to prerogatives of nature prestacional, among them the right to the health with stirrup in the conexidad principle. In this environment it is granted by way of the constitutional help the supply of medications, treatments and excluded procedures of the official listing, all time that with it besides being guaranteed the reestablishment of the health of a patient, their essential rights are safeguarded to the life under conditions of dignity and to the personal integrity. Such approaches are welcomed by the judges of it guides local, to support the shortcomings that consent to the pretenses of the accionante that he/she requests services that are not contemplated in the Obligatory Plan of Health.

Nevertheless, such postulates find diverse opponents, verbigracia the Entities Promoters of Health, those that manifest that the one that I/you/they are demanded by way of it guides that they provide treatments, procedures and medications that are on the outside of the obligations that were contemplated in their contractual relationship with the State in principle, it represents them serious traumatismos of artificial nature and presupuestal. More through the present investigation you concludes that although the action of it guides that it grants the supply of excluded services of the official regulation it can be adduced as the immediate cause of such a type of imbalances, it is not an autonomous or main cause, because the same one is product of the falencias that register in the System of Social Security in Health conceived in their generality, being formulated the pertinent solutions with foundation in this problem.

INTRODUCCIÓN

Tema medular de esta investigación son los efectos jurídicos y presupuestales que trae para las Entidades Promotoras de Salud del municipio de Pasto, el ejecutar fallos de tutela que ordenan el suministro de medicamentos o la práctica de tratamientos o procedimientos que no están contemplados en el listado reglamentario del régimen contributivo, amén de que la exclusión de los mismos implica que no es obligación de las precitadas entidades, el procurar su prestación.

Ahora bien, es sabido que la acción de tutela se ha instaurado como un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, en cuanto no exista otro mecanismo de defensa judicial, o se haya configurado un perjuicio irremediable como un medio de protección transitoria, cuando el peligro, al que las garantías esenciales se vean sometidas, por la conducta comisiva u omisiva de las autoridades públicas o las actividades desarrolladas por un particular, en casos excepcionales, sea inminente. Desde esta perspectiva y considerando adicionalmente que la solicitud de amparo ha sido desde su creación un instrumento idóneo y eficaz, en lo que concierne a la garantía y materialización de las prerrogativas, que el ordenamiento constitucional ha consagrado a favor de las personas, como derechos mínimos y prioritarios, ha logrado un alto grado de legitimación, en la comunidad nacional, entendida tal legitimación como la aceptación de la institución jurídica entre los individuos, que en consecuencia, acuden cada vez en mayor proporción, a tal acción con miras, a lograr la protección de los derechos que consideran, le son vulnerados en una situación determinada.

Sin embargo, pese a los efectos beneficiosos que implican tales connotaciones en la acción de tutela, varios sectores en el país han formulado asiduas críticas, en contra de tal institución, apoyándose entre otros factores, en que la solicitud de amparo, ha sido extendida, en lo que corresponde a su campo de protección a las garantías que no ostentan un carácter fundamental, las que no pueden ser garantizadas de forma inmediata, pues responden a una implementación gradual, a través de políticas y programas, adelantados por el Estado, los cuales requieren de un respaldo presupuestal que garantice su ejecución.

En este panorama, está enmarcada la problemática que se investiga, toda vez que los derechos que se invocan por parte de los accionantes, para obtener el suministro de servicios del tipo NO POS, son por lo general, la salud y la seguridad social. Estas garantías, en sí mismas, no guardan el mismo carácter esencial, que se puede predicar de otros derechos, pero sin embargo son objeto de tutela, si se verifica en el caso concreto, su conexión con prerrogativas fundamentales como la vida o la integridad física. Tal relación implica, en un sentido general, que la vulneración de los derechos a la salud o a la seguridad

social, en un caso concreto, de suyo, puede poner en peligro las garantías prioritarias que se enuncian.

Específicamente, en materia de tutelas que conceden el suministro de medicamentos y la realización de tratamientos y procedimientos NO POS, la conexidad es uno de los criterios más recurridos para fundamentar ese tipo de decisiones, señalándose en diversos casos, que si no se proporcionan los servicios que el paciente requiere, aunque se escapen a lo dispuesto en el Plan Obligatorio de Salud, se pone en grave peligro el derecho del que toda persona es titular, a disfrutar de una vida en condiciones de dignidad, o en otros términos, una vida que garantice el desarrollo pleno del individuo en circunstancias normales.

Este criterio, consolidado por vía de jurisprudencia, también ha sido blanco de las críticas que las EPS, formulan frente a los fallos de tutela NO POS, a los que les endilgan efectos negativos en cuanto a sus estados financieros, pues consideran que el que se les obligue a proporcionar servicios que no les competen, toda vez que la ley los excluye, implica que deban afrontar gastos imprevistos, en muchas ocasiones, de proporciones bastante considerables, y en virtud de sentencias que, en su concepto, no son los suficientemente ponderadas.

Esta investigación, en vista de las posiciones divergentes que se tejen en torno a los fallos de tutela NO POS, tiene como objetivo esencial, verificar si dichas sentencias son la fuente de los traumatismos presupuestales que las EPS del municipio aducen, o si por el contrario, los mismos pueden ser atribuidos a otros factores, propios del Sistema de Seguridad Social en Salud. Esto último, teniéndose en cuenta, que la mayoría de los fallos de tutela NO POS, autorizan a las precitadas entidades, para adelantar la acción de recobro ante el FOSYGA, por los gastos en que incurran al dar obediencia a los mismos, procurándose de este modo, preservar su equilibrio presupuestal. Así, tal equilibrio es problema que debe analizarse también, en función de los trámites que las EPS, deban adelantar ante dicho fondo y el reembolso que este lleve a cabo, debiendo efectuarse, este último, en períodos y oportunidades razonables. Igualmente, debe ser objeto de análisis, dada la complejidad del problema a investigarse, si el que se profieran fallos de tutela que conceden tratamientos, procedimientos y medicamentos, excluidos del listado oficial, es producto o no, de posibles falencias del régimen en cuanto a cobertura en servicios de salud.

Todos estos puntos, serán dilucidados a través de este trabajo investigativo. Para tales efectos, en los primeros capítulos, se expondrán el marco normativo y el marco jurisprudencial, que fundamentan el tema. Se destacarán los principales criterios, que ha sentado la Corte Constitucional, para sustentar los fallos de tutela del tipo NO POS, y cómo y en qué medida, tales presupuestos han sido acogidos por los jueces locales.

Se estudiarán posteriormente, las sentencias proferidas por estos últimos, evaluando mediante estadísticas, tanto el grado de aplicación de los criterios jurisprudenciales que devienen de los pronunciamientos del máximo tribunal de justicia constitucional, como el número de decisiones que se atienen a un exhaustivo balance probatorio de los medios de convicción allegados al proceso. Se determinará así, el grado de suficiencia en cuanto a motivación que guardan los fallos de tutela NO POS locales. Esto, con miras a confrontar los resultados, con los informes que se expondrán de forma pretérita a estos últimos, de las posiciones que se manejan al interior de las entidades promotoras de salud, en torno a dichas sentencias, verificándose si les asiste o no razón, en lo pertinente a las críticas que se formulan frente a las mismas.

De este análisis se desprenderá también, si la tutela que concede la prestación de servicios excluidos del listado reglamentario, es la única causa del desequilibrio presupuestal que las EPS alegan, como consecuencia de la ejecución de los multicitados fallos.

Finalmente, realizado el estudio pertinente, se formularán alternativas de solución, que contribuyan a solucionar el problema planteado, las que dependerán de la determinación de causas, realizada en los capítulos precedentes.

1. MARCO LEGAL

LEY 100 DE 1993, SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Define a la salud como servicio público esencial, estableciendo como principios rectores del Sistema General de Seguridad Social en Salud: la equidad para proveer gradualmente servicios de salud de igual calidad¹, a todos los habitantes de Colombia, independientemente de su capacidad de pago; la obligatoriedad de afiliación al sistema para todos los habitantes, corresponde entonces a todo empleador la afiliación de sus trabajadores y al estado facilitar la afiliación a

¹ Los criterios de calidad en la promoción y prestación de los servicios de salud fueron reglamentados por el **DECRETO 2309 DE 2002**, que tiene como objetivo transversal el de establecer las reglas que garanticen la calidad en la prestación de los servicios de salud, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Bajo esta perspectiva se define la atención de salud como el conjunto de servicios, procedimientos e intervenciones asistenciales encaminadas a la prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades de la población, y su calidad se entiende como la prestación de servicios accesibles y equitativos a través de profesionales en un nivel óptimo, haciendo uso de los recursos disponibles y logrando la satisfacción del usuario. A partir de esta norma se crea el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud, aplicable a las entidades comprometidas en la promoción y la prestación de este servicio. Se procura mediante este sistema, que al usuario se le preste una atención en salud oportuna es decir sin retrasos ni dilaciones injustificadas, de forma pertinente (obteniendo una cantidad mayor de beneficios que efectos secundarios en la aplicación de un servicio asistencial) y continua conservando una secuencia lógica de acuerdo al conocimiento científico de tal servicio. El Ministerio de Protección Social será el encargado de establecer los estándares mínimos de calidad a los que deben ajustarse las EPS y las IPS del país, en concordancia con el desarrollo científico y tecnológico interno, el avance del sector y las evaluaciones que respecto a calidad en el servicio realicen periódicamente la Superintendencia Nacional de Salud o las entidades departamentales o distritales de salud. A las entidades promotoras y prestadoras del servicio de salud, se les controlará en cuanto a calidad a través del SISTEMA DE HABILITACIÓN en el que deberán inscribirse a partir de la vigencia del presente decreto. Este sistema se define como el conjunto de normas, requisitos y procedimientos, mediante los cuales se establece, se registra, se verifica y se controla el cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico administrativa, indispensables para la entrada y permanencia en el sistema. Las entidades de salud que no cumplan con los requisitos mínimos de calidad no podrán prestar servicios a sus usuarios hasta tanto no se adecuen a los estándares. Por su parte, la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la vigilancia, inspección y evaluación del cumplimiento de los estándares de calidad en las entidades comprometidas con el Sistema General de seguridad Social en Salud. Tales evaluaciones se realizarán de forma periódica. El cumplimiento de los mínimos de calidad se establecerá a través de un SISTEMA UNICO DE ACREDITACION (Conjunto de estándares, actividades de apoyo y procedimientos de autoevaluación, mejoramiento y evaluación externa, destinados a demostrar, evaluar y comprobar el cumplimiento de niveles superiores de calidad por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, de las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, entre otras).

quienes carezcan de vinculo con algún empleador; la atención integral en salud a toda la población en sus fases de educación, información y fomento con calidad y eficiencia; el Estado asegurará a los usuarios libertad de escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras del servicio; estas instituciones tendrán Personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; además la organización del sistema será descentralizada y de ello harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. El sistema también estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del sistema y del sistema en general, propiciará también la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y practicas profesionales.

El Estado intervendrá en el Servicio Publico de Seguridad Social en Salud para garantizar la observancia de los principios constitucionales y legales, asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad social y la atención básica en salud, organizar los servicios de salud en forma descentralizada, evitar que los recursos destinados a la Seguridad Social se destinen a fines diferentes y garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio de Seguridad Social.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por los Organismos de Dirección, Vigilancia y Control entre los que se encuentra el CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD quien es el que define el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados del régimen contributivo; el monto de cotización y los medicamentos genéricos y esenciales del POS²; y EL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL encargado de formular las políticas y programas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y ambiental, de dictar las normas que rigen la calidad de los servicios y los factores de riesgo, que son de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud y para las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y aplicar los criterios de evaluación de gestión de dichas entidades; el sistema también está integrado por los organismos de administración y financiación (como las EPS y el FOSYGA), las IPS, los

² El decreto 806 de 1998 define los **Criterios para la elaboración del Plan Obligatorio de Salud** que deben ser seguidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para efectos de elaborar el POS. Se toman en cuenta aspectos relacionados con la capacidad tecnológica y los perfiles de morbilidad del país, así como la relación costo-efectividad de los servicios prestados. Los procedimientos médicos, tratamientos y medicamentos que se consagran en el POS, deben ser aceptados por las sociedades y organizaciones de la ciencia médica, verbigracia la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud y que gocen de comprobada eficacia en el mejoramiento de las condiciones de salud de las personas.

empleadores y los trabajadores independientes y dependientes, los beneficiarios del sistema y los Comités de Participación Comunitaria.

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.

Todos los habitantes con capacidad de pago deben ser afiliados previo el pago de cotización, los afiliados recibirán un plan integral de protección de la salud con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales contemplados en el POS³.

El recaudo de las cotizaciones le corresponde al SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, quien puede delegar la función en las EPS.

La vinculación al sistema se hace a través del pago de un aporte económico financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador; la cotización será máximo del 12% del salario base de cotización, dos terceras partes de ésta estarán a cargo del empleador y una tercera parte del trabajador, un punto de la cotización será trasladado al FOSYGA para contribuir al régimen subsidiado. La base de cotización para las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y los servidores públicos, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones; la base de cotización para trabajadores independientes se calculará teniendo en cuenta una serie de presunciones de ingreso (nivel de educación, experiencia laboral, actividades económicas, etc.), así mismo la periodicidad de la cotización de estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.

Las E.P.S. recaudarán las cotizaciones obligatorias de los afiliados por delegación del FOSYGA, de este monto se descontarán las unidades de pago por capitación fijadas para el P.O.S. y trasladará la diferencia al FOSYGA.

El régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general de sus afiliados y pagará a cada una de las E.P.S. la licencia por maternidad de conformidad con las disposiciones legales vigentes, el cumplimiento de ésta obligación será financiado por el FOSYGA de su subcuenta de compensación.

El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y el derecho a la atención del P.O.S.

³ *ibidem*

Son afiliados al régimen contributivo como cotizantes: Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país; los servidores públicos; los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado (en los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios); los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes; los cónyuges o compañeros(as) permanentes de las personas no incluidas en el Régimen de Seguridad Social en Salud de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que reúnen alguna de las características anteriores. La calidad de beneficiario del cónyuge afiliado a sistemas especiales, no lo exime de su deber de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos de la Ley 100 de 1993.

Por su parte son afiliados al régimen contributivo como beneficiarios los miembros del grupo familiar del cotizante constituido por el cónyuge; a falta de este la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años; los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado; los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado; los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo; los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas anteriormente; a falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste⁴.

Los afiliados deberán inscribir ante la EPS., a cada uno de los miembros que conforman su grupo familiar, mediante el diligenciamiento del formulario que para el efecto determine la Superintendencia Nacional de Salud.

La solicitud de inscripción deberá estar acompañada de una declaración del afiliado que se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento, en la que manifieste que las personas que conforman su grupo familiar no están afiliadas a otra EPS y que ninguna de ellas por su nivel de ingresos debe estar afiliada como cotizante.

⁴ reglamentado por el decreto 806 de 1998

El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados la prestación de los servicios de salud incluidos en el POS; el subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional; el subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad. Se aclara que cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente.

POS (Plan obligatorio de Salud)

El 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 están obligadas a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS.

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.

Es el principal beneficio del Sistema de Seguridad social en salud que procura la protección integral de las familias, la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, tratamiento, diagnóstico y rehabilitación para todas las patologías, según los niveles de atención. Para los afiliados cotizantes en el régimen contributivo, se aplicará el POS. Este será similar para los beneficiarios de la familia del cotizante. El Plan de Salud Obligatorio tiene cobertura familiar, siendo beneficiarios el cónyuge o el compañero o compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años, los hijos menores de 18 años que dependan económicamente de él, los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años que sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan del afiliado. A falta de éstos la cobertura puede extenderse a los padres del afiliado⁵.

Para acceder a cualquiera de los niveles de complejidad del POS, se consideran como indispensables y de tránsito obligatorio las actividades y procedimientos de consulta de medicina general y/o paramédica del primer nivel de atención. Para el tránsito entre niveles de complejidad es requisito indispensable el procedimiento de remisión. Se exceptúan de lo anterior solamente las atenciones de urgencia y pediatría.

⁵ Reglamentado por el decreto 806 de 1998.

El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo, podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán ser superiores a 100 semanas de afiliación, de las cuales por lo menos 26 semanas deben cotizarse en el último año⁶.

El POS para las mujeres en estado de embarazo, cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, parto, postparto y las afecciones relacionadas con la lactancia. El POS para los menores de un año cubre la educación, información y fomento de la salud y de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y el desarrollo, la prevención de enfermedades, atención hospitalaria y medicamentos.

Las limitaciones al POS serán todas las 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.

Tampoco se financiarán actividades, procedimientos, medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no aceptados por la ciencia médica. Sin embargo las Entidades Promotoras de Salud podrán incluir el tratamiento con medicinas alternativas autorizadas para su ejercicio en Colombia, de conformidad con su eficacia y seguridad comprobada y también podrán implementar planes complementarios al POS, que serán financiados en su totalidad por el afiliado con recursos diferentes a las cotizaciones obligatorias.

⁶ Según el decreto 806 de 1998 los **Periodos mínimos de cotización** pueden ser exigidos por las EPS para efectos de que la persona pueda acceder a la prestación de servicios de alto costo incluidos en el POS. Son:

Un **máximo de cien (100) semanas** de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año.

Un **máximo de cincuenta y dos (52) semanas** de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos -MAPIPOS, como del grupo ocho (8) o superiores. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año.

Si la persona desea ser atendida antes del cumplimiento de estos períodos mínimos de cotización, debe pagar un porcentaje del tratamiento que equivale, precisamente, al número de semanas de cotización que le hacen falta para completar tales periodos. Si la persona no tiene capacidad de pago, podrá acudir a las entidades públicas o privadas del área que tengan contrato con el Estado, y éstas a su vez cobrarán una cuota de recuperación. El primer nivel de atención excluye el pago de las semanas mínimas de cotización.

ENTIDADES PROMOTORAS Y PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD

Las EPS son las responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones. Entre otras funciones, se encargan de la organización y garantía de la aplicación del POS, promueven la afiliación de grupos que aún no están cubiertos por la Seguridad Social, también deben organizar los mecanismos a través de los cuales se accede a los servicios de salud, en todo el territorio nacional y establecen procedimientos para controlar la atención integral, eficiente y oportuna de los servicios prestados por las IPS.

Según la Superintendencia Nacional de Salud las EPS deben cumplir requisitos básicos como tener una razón social que las identifique y que exprese su naturaleza, tener personería jurídica y como objetivos la afiliación y registro de la población en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el recaudo de cotizaciones y la promoción y gestión de los servicios de salud. Deben tener también, una organización administrativa que comprende una base de datos de los afiliados y su situación económica, una capacidad técnica y científica necesaria para el desempeño de sus funciones, y un sistema de evaluación de la calidad de los servicios; acreditar un número mínimo y máximo de afiliados y una solvencia económica, periódicamente⁷.

Podrán ser autorizadas como EPS: El Instituto de Seguros Sociales; las Cajas, Fondos y Entidades del Sector Público; las Entidades que ofrezcan programas de medicina prepagada o de seguros de salud; las Entidades Promotoras de Salud creadas por los departamentos, distritos y municipios o por sus asociaciones; los organismos creados por empresas públicas o privadas para prestar servicios de salud a sus trabajadores, con anterioridad a la ley 100 de 1993, que gocen de personería jurídica y las organizaciones no gubernamentales y del sector solidario que se organicen para tal fin, entre otras instituciones.

Las cotizaciones recaudadas por las EPS pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y la prestación de los servicios incluidos en el POS por cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la EPS, un valor per cápita denominado UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN (UPC), que se establece con referencia al perfil epidemiológico de la población, los riesgos

⁷ Según el decreto **Decreto 1703 de 2002 con modificaciones del decreto 2400 de 2002** las EPS tendrán la obligación de realizar muestreos estadísticos de su población de afiliados, cada tres meses, con el objeto de establecer si aún conservan las calidades presentadas al momento de la afiliación. Los informes que contienen los muestreos deberán presentarse a la Superintendencia de Salud, para efectos de que se tomen las medidas de ajuste necesarias. Las EPS que no se acomodaran a estas medidas, responderían por la permanencia en la afiliación o la no afiliación de la persona y por el pago de la respectiva UPC.

cubiertos y los costos de la prestación de servicio en condiciones medias de calidad, y será definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud⁸.

La EPS no puede terminar unilateralmente el contrato con sus afiliados, ni negar la afiliación a quien lo solicite, siempre y cuando éste garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, y no haya mala fe del usuario.

Los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles, con el objeto de racionalizar el uso de servicios del sistema para los demás beneficiarios y se aplicarán también para complementar la financiación del POS. Tales pagos se definirán teniendo en cuenta la estratificación socioeconómica, para evitar que se conviertan en obstáculos de acceso a los servicios para los más pobres; estos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque parte de ellos pueden destinarse para la promoción de la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía.

Las IPS (instituciones prestadoras del servicio de salud) por su parte tienen a su cargo prestar los servicios de salud en su nivel de atención correspondiente, bajo los principios de calidad y eficiencia. Gozan de autonomía administrativa, técnica y financiera.

Las Instituciones Prestadoras de Servicios, no pueden discriminar en la atención a los usuarios, en caso de hacerlo, éstos podrán solicitar reclamación ante el comité técnico científico de la entidad de salud a la cual esté afiliado, y en caso de inconformidad con ese concepto, podrán solicitar uno nuevo ante un comité similar que designará la Dirección Seccional de Salud.

FOSYGA

El Fondo de Solidaridad y garantía –FOSYGA- es una cuenta adscrita al Ministerio de Protección Social que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia y funciona a través de subcuentas independientes: la primera se denomina *compensación interna del régimen contributivo* que son los recursos que provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitación, que le serán reconocidos por el sistema a cada EPS; otra subcuenta *de solidaridad del régimen de subsidios en salud*; y una tercera *de promoción de la salud* financiada con un punto de la cotización del régimen contributivo.

⁸ Reglamentado por el decreto 806 de 1998.

2. MARCO JURISPRUDENCIAL

2.1 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL

La importancia de la labor que la Corte Constitucional ha desempeñado desde su creación, se fundamenta básicamente en que bajo la tan socorrida filosofía del Estado Social de Derecho, propugna por la aplicación material de los principios, derechos y prerrogativas, de los que el Constituyente Primario ha dejado constancia en la Carta Política Colombiana de 1991. De nada serviría el hecho, de que a nivel normativo se consagrasen una serie de garantías que velen por la dignidad humana, por la vida o la libertad de los coasociados, o por el bienestar y el interés general si no tuviesen una serie de mecanismos de índole jurídica que aparte de señalar su sentido o su alcance, señalen también la obligatoriedad de su cumplimiento. Esa es la tarea precisa que desarrolla a través de sus fallos, la Corte Constitucional, con controversiales visiones sobre las disposiciones jurídicas, que según los criterios de legitimación que ha adquirido la tutela por ejemplo, o las declaraciones de exequibilidad o inexequibilidad de una norma, traducen en mayor parte las expectativas que la sociedad misma guarda frente al derecho.

Todo en virtud del carácter supremo que se le ha otorgado a la Constitución Política Nacional, calificándola como norma de normas, atravesando con los principios esenciales que estipula, todo el Ordenamiento Jurídico.

Pero la labor de esta Corporación no cesa en la revisión constitucional o en la simple declaración de la vulneración de ciertos derechos, sino que se asegura de que se suprima toda violación y de que se cumpla bajo los parámetros estipulados en las sentencias de tutela, la protección de los derechos amparados.

Estos supuestos del ámbito jurídico constitucional, son los que precisamente se trasladan a las sentencias proferidas en materia de salud y seguridad social, en consideración especial al derecho de que se preste un servicio médico, se suministre un medicamento, o se prodigue un tratamiento, que no está contemplado en las normas particulares que rigen el SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, dentro de las cuales, como ya se ha reiterado se encuentra el POS.

En esta materia, la evolución jurisprudencial de la máxima guardiana de los derechos fundamentales, ha atravesado por tres fases esenciales:

1. La adopción y desarrollo del principio de conexidad,

2. la formulación de subreglas que obligan al suministro de servicios no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud y el recobro ante el FOSYGA y
3. la ampliación de las perspectivas de aplicación del derecho a la salud en conexión con la vida, no solo tendiente a recuperar el estado de salud, sino también a mantenerlo.

2.1.1 Primera Fase Jurisprudencial. La adopción y desarrollo del principio de conexidad. Siendo parte el derecho a la salud de los derechos sociales, económicos y culturales, es necesario indagar primero sobre el grado de exigibilidad de esas prerrogativas constitucionales. Desde un primer punto de vista, se señala que tales postulados o consagraciones propias de la Carta Política, implican una correlativa obligación del Estado consistente en la formulación de programas, planes, presupuestos y políticas de carácter público, garantizando a las personas titulares de tales derechos, su goce efectivo. Cabe aclarar en este punto, que los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles, dado que no se estipulan como un simple ideal político o social a futuro, sino que correspondiendo a la noción de derecho que les es propia, han de garantizarse y legitimarse como tales al trasladarse al nivel ontológico (no solamente axiológico) de las comunidades. Sin embargo esa exigibilidad no es absoluta, por cuanto, como lo ha reiterado la misma Corte Constitucional, ellos para ser tutelados y tomando en cuenta que un mecanismo como la acción de tutela procede para la protección de derechos fundamentales en grave peligro de vulneración, deben estar conectados con uno de aquellos derechos fundamentales. Pero esta restricción se predica para la ACCIÓN DE TUTELA como tal, no siendo admisible la tesis que predica que los derechos que se consideran en este acápite no son exigibles, puesto que si bien en un caso concreto no puedan ampararse, existen otros mecanismos judiciales que los harán efectivos.

El derecho a la salud, que en conexión con el derecho a la vida, suele tutelarse, se traduce en la mayoría de fallos de la Corte Constitucional, en la prestación de un servicio médico, el suministro de medicamentos o tratamientos que no se contemplan dentro del Plan Obligatorio de Salud, en cuyo caso las EPS y las IPS, suelen apoyarse en este último argumento (la exclusión de los medicamentos o tratamientos impetrados, de la norma respectiva) para evitar los graves trastornos presupuestales, jurídicos o sociales que implica el suministrarlos, cuando desde un inicio no están contemplados en los planes de ejecución del servicio de salud, de acuerdo a la normatividad vigente.

La Corte señala que para que proceda una solicitud de amparo, respecto del derecho a la salud, debe probarse que su preservación es necesaria para conservar la vida, para preservar la integridad física o para recuperarla o para mantener una vida en condiciones dignas. Además la persona afectada debe no

tener los recursos económicos suficientes para solventar los gastos que implique el servicio médico respectivo.

Ahora bien, bajo estos parámetros, ¿es factible tutelar los medicamentos o tratamientos NO POS?.

En un primer paso de evolución jurisprudencial, tal y como se expondrá en el siguiente acápite, la Corte señaló que hay necesidad de tutelar el derecho a la salud y el consecuente acceso a los servicios de salud, cuando de ello depende la vida o la integridad de una persona que se encuentra en una situación económica precaria.

Sin embargo, en un comienzo, no era clara la magnitud del principio de conexidad, pues aún no se había establecido un derecho en específico con el cual la salud podía conectarse o si eso dependía del caso concreto. Hoy por hoy, se señala que los derechos en específico, con los cuales la salud ha de relacionarse, para efectos de considerarse como derecho fundamental y tutelarse, son la vida, la integridad física o la vida en condiciones dignas.

2.1.2 Segunda Fase Jurisprudencial. Formulación de subreglas que obligan al suministro de servicios no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

Con la expedición de la ley 100 de 1993, y las reformas que se adelantaban respecto del sistema en salud para incrementar su cobertura y mejorar la calidad del servicio, se establecieron los principios rectores en materia de salud: universalidad, solidaridad, eficiencia, integridad, unidad y participación, además se establecieron dos regímenes: el contributivo y el subsidiado. Al primero pertenecen los trabajadores del sector público y privado, pensionados y trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias. En el segundo están inmersas personas sin capacidad de pago para cubrir la cotización, prestándose servicios a la población más pobre y vulnerable.

En este lapso normativo, la respuesta al problema de la tutela como mecanismo para amparar derechos sobre tratamientos y medicamentos NO POS, no tiene un gran desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, es indispensable aclarar que la ley 100, no regula tal situación. No incluye una solución factible al problema, tampoco estipula que sólo se tenga derecho a los beneficios estipulados en el POS. Por ello, se acude a la promulgación de normas complementarias que regulan de una forma más completa los aspectos referidos. En efecto, es la resolución 5261 de 1994, del Ministerio de Protección Social, la que señala las actividades, intervenciones y procedimientos, utilizados en el sistema de seguridad social en salud, dándose respuesta al problema de las solicitudes de amparo NO POS, bajo concepciones contrarias a las manejadas por la Corte Constitucional: establece que la receta y suministro de medicamentos deberá someterse al manual de medicamentos y terapéutica sin excepción, salvo que el afiliado los cancele como

parte de un plan complementario. No se admiten recetas que reconozcan artículos suntuarios, cosméticos ni complementos vitamínicos. Esta disposición es la que respalda los argumentos alegados por las EPS del Municipio de Pasto, en el momento en el que se interponen tutelas en su contra con el objeto de que se reconozcan medicamentos, tratamientos y procedimientos NO POS.

Pese a la promulgación de este tipo de normas, que rompen de un tajo con la tesis uniforme que venía sosteniendo la Corte Constitucional respecto de la tutela de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del listado oficial, esta Corporación continúa con una defensa asidua de los postulados que sustentan sus fallos, llegando a una segunda fase de evolución jurisprudencial, en esta materia, con la consagración de ciertos parámetros, que ostentan el carácter de reglas vinculantes y que obligan a las EPS a proporcionar ese tipo de servicios. En este sentido, señala la Corte que las EPS tienen la obligación de suministrar a sus afiliados, medicamentos y tratamientos NO POS cuando el no suministro de los mismos vulnere derechos fundamentales; cuando no puedan sustituirse por otros que si estén contemplados en el POS, lo que se determina por el grado de efectividad que estos últimos puedan tener frente a los medicamentos o tratamientos NO POS; cuando el afiliado no pueda sufragar los costos de los mismos y hayan sido formulados por un médico adscrito a la EPS.

En esta fase, la Corte Constitucional, también deja sentada la tesis de que para evitar desequilibrios presupuestales al interior de las EPS, estas están facultadas para adelantar las acciones de Recobro ante el FOSYGA por los gastos en que incurran al suministrar medicamentos, tratamientos y procedimientos NO POS. Se corrobora entonces, que las EPS están obligadas a proporcionar tales servicios sin escudarse en pretextos de carácter financiero, pues su presupuesto no se verá afectado, en consideración a la acción que les asiste frente al fondo que se menciona.

Ahora bien, el incremento de fallos favorables de tutela, aún con aplicación de estas reglas, es bastante significativo y preocupante, en cierto modo, para el sector salud, sobre todo si se considera la entrada en vigor, hacia 1997, de los Comités Técnico Científicos al interior de las EPS, encargados de establecer si se entregan o no medicamentos NO POS. La preocupación se debe a que tales organismos no han alcanzado pleno funcionamiento, y que a pesar de su existencia, la acción de tutela conserva un lugar privilegiado, en lo que corresponde a obtener el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos no contemplados en los listados reglamentarios. Esta situación se atribuye a la carencia de información sobre la implementación y funciones de dichos comités, y al grado de legitimación que ha adquirido la tutela como institución jurídica y como mecanismo para obtener la pronta y eficaz protección de los derechos invocados.

2.1.3 Tercera Fase Jurisprudencial. Ampliación de las perspectivas de aplicación del derecho a la salud en conexión con la vida, no solo tendiente a recuperar el estado de salud, sino también a mantenerlo. La fase final de esta línea jurisprudencial, que adopta el principio de conexidad del derecho a la salud con derechos específicos como la vida en condiciones dignas y la integridad física y que también acoge las reglas, cuya verificación en un caso concreto, obligan a la EPS a suministrar servicios NO POS, ya sin mayores desarrollos ni novedades, se centra en un objetivo primordial: que la legislación se acomode a la efectiva aplicación de los derechos fundamentales. Concibe que el derecho a la vida que puede vulnerarse al violarse el derecho a la salud, no hace referencia solamente a la vida biológica, sino también a las condiciones en las que la persona vive. El derecho a la salud, en este caso implicará no solo la prestación de servicios para conservar la vida, sino también para mantenerla en las mejores condiciones.

En realidad esta es la conclusión a la que se debía llegar, después de todo el tratamiento jurisprudencial vertido en torno al derecho a la salud, pues pese a que esta prerrogativa guarda en principio un carácter simplemente programático, su innegable relación con el derecho a la vida, la convierte en una garantía prioritaria, cuyo grado de aplicación no podría entenderse de forma restringida, sino a la luz de la vida misma. En tratándose de la vida del ser humano, cuyo bienestar y desarrollo es el eje de la legislación nacional, no podía tenerse en menor estima el derecho a la salud cuya materialización, según la filosofía de la Corte Constitucional, contribuye en gran medida a que el individuo alcance un desarrollo pleno de sus capacidades físicas y mentales, en un marco de dignidad.

2.2 FUNDACIÓN DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL: PRINCIPIO DE CONEXIDAD.

Desde sus inicios la Corte Constitucional, ha sentado las bases para proteger mediante la acción de tutela, derechos que en principio no han sido considerados como fundamentales. Se ha acudido a criterios como la conexidad de garantías prestacionales con derechos que guardan un carácter esencial, para efectos de entrar a amparar a los primeros. Sin embargo en tiempos pretéritos, el criterio de conexidad no se encontraba claramente definido como ocurre en épocas actuales, pues esta corporación acudía a enunciar simplemente la estrecha relación que podía tener una prestación con principios, valores y derechos de orden prevalente, sin contar con una teoría sólida al respecto. Verbigracia en sentencias de los primeros años de trabajo hermenéutico de la Corte, antes de expedirse la ley 100 de 1993, se amparaban derechos relacionados con prestaciones de salud, con el argumento de que a través de tales prestaciones se garantizaba la existencia digna de las personas. Así en sentencia **T-499/1992** se consideró que a la accionante, quien sufría de una grave afección en la columna, debía practicársele lo más pronto posible una intervención quirúrgica, para evitar que sus dolencias se agravaran con el paso del tiempo. Su derecho a la salud se tuteló bajo el entendido de que los derechos a la vida y a la seguridad social están íntimamente comprometidos con la dignidad humana, comprendida ésta como valor intrínseco del ser humano que constituye su razón de ser, principio y fin de la organización estatal. Se señala en este fallo que las autoridades tienen el deber inexorable de proteger sin distinción a todas las personas en su dignidad, y esa protección precisamente está conectada con la defensa de los derechos fundamentales. Entre estos derechos está la vida, entendida en su acepción más amplia, es decir como vida íntegra. La plenitud física, psíquica y espiritual, la salud y el mínimo de condiciones materiales que hagan posible una vida digna, son los elementos que conforman el concepto de la vida íntegra. Esta, así comprendida, es presupuesto para la realización de la persona como individuo y como ser social.

En consecuencia, es un trato cruel y degradante el no prodigarle a una persona la intervención quirúrgica que necesita para conjurar su dolor. El dolor envilece a la persona que lo padece y si quien está en el deber de impedirlo se niega a hacerlo, vulnera el derecho a la integridad personal del individuo afectado.

En otros fallos del mismo año se empieza a definir cuando el derecho a la salud es fundamental por conexidad y por consiguiente amparable por vía de tutela y cuando es un derecho simplemente prestacional sujeto a políticas de carácter económico y a las regulaciones legales pertinentes. En la sentencia **T- 484 de 1992** se establece que para los elementos de índole jurídica que le son propios al derecho a la salud, pueden crearse dos grupos: el primero, el que lo identifica como un pilar del derecho a la vida y a la integridad personal y el segundo, que le asigna un carácter asistencial, es decir, como referencia funcional del Estado Social de Derecho. La organización estatal debe adelantar acciones para asegurar

el goce de los servicios de asistencia médica, hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos. La división entre el carácter asistencial y el carácter fundamental del derecho a la salud es imprecisa, por cuanto depende de las situaciones configuradas en cada caso, pero por regla general puede señalarse que el derecho a la salud es fundamental cuando de su protección depende la garantía del derecho a la vida y a la integridad personal. La Corte Constitucional enmarcó la conexidad en el concepto amplio que debe manejarse respecto de estas últimas garantías fundamentales, tal y como lo sostuvo en la sentencia **T-597/93** afirmándose que la salud será esencial también en aquellas situaciones donde se vea afectado directamente el mínimo vital de la persona, es decir, las condiciones mínimas para que el individuo se desempeñe en los planos físico y social de forma normal. Así, la salud se entiende como un estado variable, cuyas afectaciones pueden incidir en mayor o menor medida en la vida de la persona. Según esa apreciación gradual, el Estado entra a amparar el derecho cuando se afecta el mínimo vital, por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal.

El derecho a la salud así entendido, compromete el estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades, por ende, su garantía no solo se traduce en la intervención puntual para vencer la enfermedad sino que también implica las actuaciones diversas encaminadas a la recuperación de la calidad de vida.

De esta forma se empiezan a definir cuales son los derechos con los cuales se relaciona el derecho a la salud para transmutar su naturaleza prestacional en fundamental.

En la Sentencia **T-491/1992** se señala por ejemplo que el derecho a la salud al igual que el derecho a la seguridad social pertenecen a la categoría de los DERECHOS FUNDAMENTALES POR CONEXIDAD, que son aquellos que aunque no son catalogados como esenciales por el texto constitucional, les es comunicado ese carácter en razón de su relación indivisible con ciertos derechos fundamentales, de manera tal que si no se garantizan los primeros, estos últimos perderán su vigencia. En este caso se establece que el derecho a la salud se conecta de esa forma inescindible con el derecho a la vida, en las situaciones en que la desatención de un enfermo pone en grave peligro su existencia.

El principio de conexidad no se aplica en casos especialísimos donde el derecho a la salud goza de un carácter esencial dado por su propia naturaleza, no siendo procedente analizar las circunstancias del caso concreto para determinar si tal prerrogativa está o no relacionada con derechos como la vida o la integridad personal. En sentencias **T-165 y SU-043 de 1995** se estableció que en tratándose de menores de edad los derechos a la salud y a la seguridad social son prioritarios y tienen un carácter prevalente frente a los derechos de los demás. Esto en razón de que partiendo del ordenamiento constitucional se pretende hacer efectiva una especial protección para los infantes dado su estado de debilidad manifiesta. En

esta situación tan particular el derecho a la salud se convierte en una prerrogativa de aplicación inmediata abandonando su calidad prestacional, pues ya no necesita de desarrollos legales para su aplicación ni tampoco de políticas económicas o disponibilidades presupuestales para su implementación. Por tal calidad será amparable por medio de la acción de tutela.

Una vez definido el carácter fundamental del derecho a la salud por el principio de conexidad⁹, la Corte analiza bajo el esquema planteado las restricciones y limitaciones que tiene el Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993. La disposición normativa que con mayor frecuencia ha sido materia del análisis hermenéutico de la Corte Constitucional es el Plan Obligatorio de Salud, dado que bajo la nueva visión del derecho a la salud, ha experimentado cambios en cuanto a su aplicación. Cambios que han sido establecidos y sostenidos a través del tiempo en diversos fallos de tutela proferidos por esta corporación.

2.3 EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD EN EL MARCO DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES POR CONEXIDAD.

Sentado el precedente del principio de conexidad que permite predicar un carácter esencial de derechos en principio prestacionales como el derecho a la salud y a la seguridad social, la Corte se ha adentrado en el estudio jurisprudencial de las diversas disposiciones que rigen el sistema de seguridad social en el área.

Gran cantidad de fallos de la Corte Constitucional han traído transformaciones en la aplicación del Plan Obligatorio de Salud (POS) como preceptiva legal que forma parte de las diversas regulaciones del sistema. Hacia el año de 1995 en Sentencia **T-271** la Sala de Revisión de la Corte Constitucional frente al caso de una persona a quien le fue diagnosticada infección por Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH/SIDA y que requería que se le proporcionaran los antiretrovirales que no podía adquirir por su propia cuenta, pero que le servirían de paliativos en la enfermedad que padecía y elevarían su calidad de vida y sin embargo, el ISS se negó a proporcionárselos por cuanto, según alegó los antiretrovirales no estaban contemplados en la lista general de suministros, consideró que la vida humana se ha consagrado como un valor superior en la Constitución Política de 1991. Se trata de un presupuesto ontológico básico para el goce y ejercicio de otras garantías, pues si la vida no existiera o no se protegiera no tendría el menor sentido el reconocimiento de otros derechos. Se propugna por consiguiente, por la plena efectividad del derecho a la vida, lógicamente entendida ésta en sus dimensiones física y moral, pues la vida humana no se puede definir simplemente como la existencia biológica o

⁹ Ver también sentencias que reiteran el criterio de conexidad: T-571/92, T-322/97, T-395/98, T-260/98

material sino que debe añadirse a esta primera faceta los elementos espirituales que resultan esenciales. Con este concepto se conecta también el de la dignidad humana que implica para el Estado el deber de promocionar a la persona, es decir, de garantizarle las condiciones dignas que le permitan desarrollarse plenamente y esto, por supuesto, no compromete únicamente el bienestar físico sino también el bienestar espiritual.

Las autoridades e instituciones al servicio del Estado, bajo estos postulados, tienen el deber de asegurar el mínimo de posibilidades que tornen la vida digna. Ya no se trata de un valor o de una garantía que limita el ejercicio del poder, sino de un fin propio de la actividad positiva de la organización estatal.

El derecho a la vida, comprendido de esta manera, amplía su radio de acción de manera tal que le son consustanciales otras prerrogativas, como la salud, la integridad física que si bien son objetos jurídicos autónomos e identificables no se pueden desligar completamente de la vida humana. En otras palabras, son concreciones de la vida misma y permiten su goce a plenitud.

El derecho a la salud puede definirse como la facultad de todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en lo que corresponde a la actividad mental. La salud, su estado y las afecciones que puedan sufrirse tienen una gran incidencia en la calidad de vida de la persona, por tanto, es deber del Estado proteger un mínimo vital, por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal. La salud, en sentido amplio, implica un bienestar tanto a nivel físico como a nivel mental y social, y no solamente la desaparición de las enfermedades.

Ahora bien, si se admite el carácter inescindible que la salud tiene con la vida, cabe admitir que la primera goza, al igual que la segunda, de un carácter fundamental, esto según las especificidades de cada caso. Las fronteras entre el derecho a la vida y el derecho a la salud son variables e indefinibles y dependen de cada situación en concreto.

De todas maneras, resultaría ilógico señalar que la vida es una garantía fundamental y que sus partes (la salud y la integridad física) no lo son.

Sin embargo, el derecho a la salud también se ha calificado como un derecho prestacional que no tiene una aplicación inmediata por cuanto requiere de un desarrollo legal y un respaldo presupuestal. Pero bajo la óptica de la conexidad, este derecho se convierte en una garantía fundamental dejando de lado la ejecución mediata para tornarse en una prerrogativa que puede ser reclamada por vía de tutela. El derecho programático se transmuta en un derecho subjetivo, haciéndose exigible para el Estado la ejecución de la prestación.

Para el caso concreto es necesario precisar que la infección con el Virus de Inmunodeficiencia Humana, hace que la vida de la persona se deteriore

significativamente, hasta el punto de ocasionarle la muerte. Esto es suficiente para demostrar que por la situación del accionante se hace perentoria la protección de su derecho a la salud, conectado según lo demuestran las especificidades de su caso, con el derecho a la vida.

El ISS tiene la obligación de agotar todas las posibilidades en defensa de la vida, para este paciente. Si bien su enfermedad es incurable, deben garantizársele una condiciones mínimas de salud que le permitan desempeñarse en su vida habitual.

Frente a la negativa de proporcionar los medicamentos requeridos bajo el argumento de que estos no se encuentran contemplados en un listado oficial, dice la Corte que para el caso están en juego garantías aún más prioritarias que una reglamentación legal, como lo son el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida. Si nos atenemos a las disposiciones legales, los postulados constitucionales que garantizan esos derechos esenciales caerían en el vacío, y no tendría ningún sentido su consagración como prerrogativas fundamentales. Se hace impostergable la observación, en este caso, de la norma superior. No resiste la norma inferior ninguna comparación con las prerrogativas estatuidas como garantías básicas.

Mediante esta sentencia se abre un nuevo panorama en la aplicación del POS teniéndose que interpretar éste como el conjunto de disposiciones del ordenamiento jurídico a la luz de los postulados constitucionales, abogando siempre por la garantía de los derechos fundamentales si estos están siendo vulnerados en el caso concreto. En esta misma línea en un fallo posterior¹⁰ en el que la Corte Constitucional debió analizar una acción de tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social, en razón a que, según la solicitante, le fueron violados los derechos fundamentales: a la vida, a la salud y a la seguridad social porque la EPS le negó la posibilidad de ser tratada y valorada en el exterior por un especialista en plejo braquial que determinara con exactitud la patología que padecía, con el argumento de que el POS no cubre remisiones al exterior. La Corte reitera en el caso sub-exámene, la existencia del principio de conexidad entre la salud, la vida y la integridad personal y adicionalmente señala que existe una tensión entre estos derechos fundamentales y la capacidad económica del Estado -ahora de las entidades del sistema de salud en Colombia- para afrontar los costos que genera una evaluación médica en el exterior. Dado que existen garantías fundamentales que están siendo vulneradas en el caso concreto, pues se está obligando a una paciente a soportar un dolor en detrimento de su integridad y de su vida, el Estado tiene la obligación de protegerla, facilitando los medios económicos posibles para obtener su mejoría. En este caso como en otros similares es necesario, considera la Corte que el juez realice una ponderación de los bienes afectados con el objeto de obtener una decisión razonable para la acción interpuesta. Si la medida que se niega por no estar contemplada en el POS se convierte en una solución necesaria para garantizar el derecho a la

¹⁰ Sentencia T-645/96

salud estando éste en íntima relación con la vida y la integridad personal, debe concederse el amparo protegiendo la salud como derecho fundamental y obligando a que se proporcione la medida pertinente.

En sentencia **T-125/97** siguiendo los criterios expuestos en los anteriores fallos la Corte Constitucional revisa la tutela impetrada por una persona que sufría de una enfermedad cardiovascular. El médico le recetó un medicamento: Diltiazem Retard, para mantener bajo control su afección. Sin embargo el ISS se negó a proporcionarle tal medicamento apoyándose en que éste no se encontraba contemplado en el POS. La Corte Constitucional consideró que debía proporcionarse el medicamento requerido y que con ello no se desconocen los motivos presupuestales que condujeron a la elaboración de una lista restringida y estricta de medicamentos y tratamientos que rige a las EPS e IPS en la prestación de los servicios de salud a su cargo, ni tampoco se cuestionan los estudios científicos que sirvieron de apoyo para tal elaboración, sino que dado que es imperativo conservar la vida y la salud de las personas, se procede a proteger tales garantías prioritarias para que no caigan en el vacío. Toda entidad de seguridad social ha adquirido un compromiso con la salud del paciente, y por consiguiente debe preservarla a través de todos los medios que estén a su alcance.

En las anteriores sentencias, la Corte Constitucional no establece unas reglas claras para determinar en que eventos debe tutelarse un medicamento, tratamiento o procedimiento médico no POS. Sus consideraciones tiene asidero únicamente en el principio de conexidad predicable del derecho a la salud respecto de otras garantías fundamentales, debiéndose proteger éstas dado su carácter prevalente sobre otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Tampoco se define cual es el ente encargado de cubrir los sobrecostos en que las EPS incurren al suministrar un medicamento, tratamiento o procedimiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, debiendo ser asumidos con cargo al presupuesto de las mismas EPS.

Es con la sentencia **SU-480/97** que estos aspectos llegan a determinarse, siendo la esta la sentencia **HITO** en la presente línea jurisprudencial, sustento de los fallos posteriores. Las tutelas que se estudian mediante este fallo fueron instauradas por enfermos de SIDA, cuyos casos guardaban similitud en los hechos que sustentaron la interposición de la acción. Algunos de los pacientes con SIDA dirigen la acción contra el ISS puesto que necesitan del suministro de inhibidores de proteasa, ya que sirven para mejorar la calidad de vida, la cantidad de vida y la capacidad biológica; pero en algunos casos este medicamento no fue formulado por los médicos tratantes, razón por la cual algunas tutelas se denegaron; algunos afiliados al ISS solicitan también que se continúe con las sesiones del llamado Club de la Alegría conformado por los enfermos y sus familiares donde se intercambian conocimientos y experiencias ya que la dirección de la Clínica prohibió que se hiciera uso de los auditorios para las reuniones.

A su vez, un usuario de Salud Colmena, inició la acción pidiendo que se le dieran los antiretrovirales indicados por el médico tratante (zidovudina y zalcitavina), que se negaron por que según el Director nacional de servicios médicos suplementarios de Salud Colmena, esos dos antiretrovirales no figuran en el listado de medicamentos esenciales y terapéuticos del plan obligatorio de salud.

Las EPS consideran que el tema central de discusión es: quién debe financiar los medicamentos relacionados con enfermedades catastróficas, como el sida, cuando dichos medicamentos no se encuentran en los listados aprobados por el gobierno.

Se plantea, entonces si es deber constitucional del Estado financiar estos medicamentos puesto que las EPS entregan buena parte de sus recursos al Fondo de Solidaridad y Garantía y no pueden autofinanciar esos medicamentos ya que el desequilibrio financiero las llevaría a la quiebra.

En el caso de las enfermedades de alto costo como el SIDA el uso de los antiretrovirales en el tratamiento está claramente reconocido por los expertos, pues disminuye la progresión desde el punto de vista clínico, disminuye la carga viral, lo cual se relaciona directamente con la aparición de los síntomas, la aparición de las complicaciones y de la sintomatología que hacen parte integral del síndrome como tal y mejora la calidad de vida de los infectados. Pero el costo del tratamiento es muy alto y las EPS del régimen contributivo no pueden cubrirlo.

El Ministerio de Salud explicó que el FOSYGA tiene unas subcuentas de destinación específica y en ninguna de ellas se contempla la posibilidad de correr con los gastos de medicamentos o tratamientos de enfermedades catastróficas ordenados por jueces de tutela, por lo tanto afirmó que el costo de estos debe ser asumido por las EPS a través del reaseguro que ellas deben adquirir con la parte de la UPC correspondiente, que es la que garantiza la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo.

Es claro para la Corte Constitucional que el tema esencial de discusión es que si las EPS deben suministrar a los pacientes tratamientos y medicamentos no POS, se debe definir quien es el encargado de cubrir los costos de estos.

En esta sentencia la Corte hace un recuento de la Jurisprudencia obtenida con respecto al derecho a la salud ya que este es “tutelable en su condición de derecho derivado de la vida. No es un Derecho fundamental autónomo. Frente a ese derecho, surge, en principio, el correlativo deber del Estado de “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad” (art. 49 C.P.) Estos tres principios también están reseñados en el artículo 48 de la Constitución que establece el mecanismo instrumental para que el derecho a la salud sea una realidad, ese instrumento es la SEGURIDAD SOCIAL como un

servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable para todos los habitantes de Colombia.

Consecuencialmente, la seguridad social se torna derecho fundamental, cuando se trata de proteger la vida en razón de que existen para las personas los DERECHOS A ALGO y dentro de éstos se ubica el derecho a la seguridad social, porque ello contribuye a defender la vida, de ahí que pertenezca a los llamados DERECHOS PRESTACIONALES.

Es decir, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema.

Por ser la salud un servicio público y un derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida, el Estado Social de Derecho tiene el deber de garantizarlo aunque delegue su prestación a entidades Privadas, pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Aunque lo que se recauda pertenece al sistema general de seguridad social en salud y por consiguiente es una contribución parafiscal.

Con fundamento en estos argumentos la Corte establece frente a la posibilidad de que las EPS tengan que afrontar gastos no previstos para salvar la vida de un paciente, que *“En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes. No constituye un “seguro del co-contratante” contra déficits de la explotación, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes.”*¹¹

Cuando lo recetado por el **médico tratante adscrito a la EPS** no figura en la lista de medicamentos del POS de todas maneras la entidad afiliadora lo debe proporcionar. Pero, como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado por el Estado, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el mismo Estado. El dinero para cubrir estos eventos se lo obtiene a través del Fondo de Solidaridad y garantía en la subcuenta de “promoción de la salud”. Según la Corte, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar sistematizada y aunque se presente cruce de

¹¹ Sentencia precitada SU-480/97

cuentas no existe razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido posible.

Queda claro de acuerdo a lo anterior que los criterios que deben acogerse para tutelarse un medicamento, un tratamiento o un procedimiento no contemplado en el POS son: 1. que el medicamento sea necesario para preservar los derechos fundamentales o los que por conexidad se consideran fundamentales. 2. que el medicamento sea prescrito por un médico adscrito a la EPS. en el caso concreto no se concedió el amparo para algunos de los tutelantes dado que no se cumplía en su situación particular este segundo requisito.

El aporte de esta sentencia es el establecer las principales reglas que sustentan las tutelas no POS y el de señalar al FOSYGA como la entidad frente a la cual pueden repetir las EPS para recuperar los gastos causados por la ejecución de dichas tutelas con fundamento en que el Estado es quien delega sus funciones en las EPS en lo que a los servicios de salud corresponde.

Las reglas son ampliadas y explicadas en posteriores sentencias de tutela que marcan la evolución de esta línea jurisprudencial.

Posteriormente en sentencia **T-606/97** la Corte para tutelar las peticiones sobre medicamentos no POS reitera el criterio de la conexidad y aplica las subreglas establecidas en la sentencia de unificación precitada. Además corrobora la facultad que tienen las EPS de repetir contra el Estado como su ente contratante, específicamente ante el Fondo de Solidaridad y Garantía.

Cabe precisar en este punto que el tratamiento frente a casos de menores tiene connotaciones muy especiales dado que el Estado procura otorgarles a estas personas, por su estado de debilidad manifiesta, una protección muy particular y que en caso de requerir el infante un tratamiento o medicamento no POS debe ante todo analizarse con mayor profundidad que las garantías o derechos consagrados a su favor tienen un carácter prevalente sobre las de los demás y que deben gozar de máxima efectividad, claro está sin dejar de lado las subreglas antes señaladas.¹² Estos lineamientos son seguidos en la Sentencia **T-640/97**. El padre de un menor interpuso una acción de tutela con el objeto de que el ISS le proporcione a su hijo, quien padece parálisis cerebral, una silla de ruedas. El ISS se negó a hacerlo fundamentado en que el POS excluye esta clase de elementos.

Como primera medida la Corte Constitucional entra a analizar si el carácter fundamental del derecho a la seguridad social cuando se predica de los niños, admite la existencia de exclusiones y limitaciones en la reglamentación legal del POS. Esta Corporación señala que no puede aplicarse mecánicamente el POS, pues es necesario analizar el caso concreto y determinar si hay prerrogativas

¹² Sentencia SU-480-97

esenciales en juego. En la situación sub examine está un menor de por medio a la espera de que se resuelva su problema. La Carta Política otorga especial respaldo y protección a los menores de edad, tanto que señala para ellos derechos en específico cuyo carácter es fundamental, como ocurre por ejemplo con la seguridad social y la salud. El menor merece la protección especial dado que sus circunstancias físicas y mentales lo ponen en un estado de debilidad manifiesta.

En el caso particular se ordena al ISS, dadas las anteriores consideraciones, proporcionar la silla de ruedas aunque esté excluida del POS.

La Corte Constitucional acoge el criterio de la prevalencia de las garantías fundamentales que bajo su perspectiva argumentativa son aplicables en un caso concreto, sobre las disposiciones legales entre ellas el POS con sus limitaciones y exclusiones hasta el punto de conceder la tutela para tratamientos, medicamentos y procedimientos no contemplados en el listado oficial que en principio son considerados estéticos o cosméticos. Verbigracia en la sentencia **T-102/98** frente a la situación de la demandante, quien solicita que se le realice una mamoplastia reductiva, debido a que el tamaño voluminoso de sus senos le ocasionan fuertes dolores de espalda. La EPS correspondiente se niega a realizar la intervención quirúrgica apoyándose en la exclusión que de la misma se hace en el POS. La Corte consideró en el sub-lite que las exclusiones de las cirugías estéticas o con fines de embellecimiento no se aplican debido a que la intervención quirúrgica que reclama la accionante tiene el objeto de poner fin a las dolencias que la aquejan. La cirugía en definitiva, es la alternativa para asegurarle a la demandante el que disfrute de una vida digna, ajena a toda forma de trato cruel o degradante.

El que se le niegue a una paciente el tratamiento o medicamento que puede acabar con su dolor, se constituye en una modalidad de trato cruel, dado que el dolor le impide a la persona el goce pleno de sus capacidades y por consiguiente su libre desarrollo.

De acuerdo a los criterios jurisprudenciales anteriormente planteados es claro que la Corporación guardiana de la Constitución deja de lado criterios que sirven de fundamento para expedir reglamentaciones legales como el Plan Obligatorio de Salud y los derechos económicos que puedan invocar las EPS para poner de manifiesto el carácter prioritario de diversas garantías que por su naturaleza o por conexidad son fundamentales. En este sentido aunque se admite que toda relación contractual reviste intereses económicos, en este caso la relación existente entre las EPS y el Estado, la legislación estableció condiciones y limitaciones para la prestación de los servicios del POS, con el objeto de que la entidad contratada no viera afectado su patrimonio. Pero cuando los derechos puramente económicos de las EPS entran en pugna con derechos principalísimos de los usuarios como la vida, la integridad personal y la salud en conexión con ellos, priman estos últimos. En este evento se inaplica el POS cumpliendo previamente ciertas condiciones:

1. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido ponga en peligro los derechos fundamentales a la vida o a la integridad física del afectado, como ya se especificó.
2. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
3. Que el paciente realmente no pueda solventar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.
4. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halle afiliado el demandante.¹³

Estos parámetros en especial el referente a la protección de derechos fundamentales, han sido reiterados por la Corte en diversos fallos posteriores aplicándose también a procedimientos médicos, como en los casos en que se requiere una remisión al exterior. En sentencia **T-304/98** El actor en representación de su hijo, impetra acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales, para que se le protejan los derechos a la seguridad social y a la salud, puesto que su hijo sufrió un accidente que comprometió partes importantes de su cuerpo, y el ISS después de atenderlo manifestó que no podía hacer mayor esfuerzo del ya realizado por el beneficiario, por cuanto no existía en el país los adelantos científicos necesarios para la rehabilitación completa del paciente; el actor expresó en su solicitud que su hijo se encuentra en Cuba donde se lo está rehabilitando, la petición entonces radica en que el ISS cubra los gastos de curación del paciente en ese país.

La Corte precisó en esta oportunidad que el compromiso de las instituciones de seguridad social no alcanza a configurar una obligación de resultado, pero es lo suficientemente amplio como para cobijar la realización de las acciones encaminadas a procurar en lo posible la recuperación del paciente o a paliar sus dolencias. Por otra parte la Corte manifiesta que en materia de seguridad social se debe tener en cuenta la protección especial a los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes, según el artículo 47 superior “se prestará la atención especializada que requieran”, ya que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por lo tanto los derechos que deben amparársele al hijo del peticionario comportan para la Corte una interrelación de derechos humanos.

En sentencia **T-556/98** frente al caso de un menor que sufría de parálisis cerebral y al que el ISS le negó el suministro de una silla de ruedas por no estar contemplado este elemento en el POS, consideró la Corte que en el caso concreto existía una patente contradicción entre la reglamentación de inferior jerarquía y la

¹³ Sentencia T-283 de 1998

Constitución. El ISS se atuvo al POS, sin embargo están en juego derechos de carácter fundamental que deberían preservarse aún por encima de la norma que se aplicó. Los niños tienen derecho al goce de ciertas garantías fundamentales como la vida, la salud y la seguridad social.

En una posterior sentencia¹⁴ en la que se examinó el caso de un paciente que debía realizarse una serie de análisis para determinar con certeza cual era la enfermedad que padecía y que su EPS le negó argumentando que no estaban incluidos en el POS, se estableció que aunque esta reglamentación se expidió con el ánimo de lograr la cobertura progresiva y universal del sistema de seguridad social en el territorio nacional, debe inaplicarse si se enfrenta con derechos fundamentales. Una vez más el criterio tantas veces mencionado que obliga a dejarse de lado el Plan Obligatorio de Salud si en el caso concreto hay derechos fundamentales que deben protegerse, es sustentado y sostenido con vehemencia por la Corte Constitucional¹⁵.

Es en el año de 1998 tal y como se deduce de toda la gama de sentencias proferidas en esta época que la Corte Constitucional registra una mayor actividad frente a la exposición de criterios y principios que para cada caso concreto deben regir la aplicación o la inaplicación del Plan Obligatorio de Salud. Para el año de 1999 algunos de estos criterios son recogidos y sistematizados en la **SU-819**, en la que se estudia el caso de un menor que requiere un trasplante de médula ósea con donante no relacionado. La EPS le informó al actor la imposibilidad en que se encontraba para realizar el trasplante por no contar en Colombia con la tecnología necesaria y por que dicho procedimiento no está contemplado en el POS. Que en Colombia existe otro tratamiento similar pero que según los médicos tratantes no es efectivo.

En virtud de lo anterior, el actor solicitó que se ordene al Estado la realización del tratamiento requerido por su hijo en el exterior, así como los demás gastos de estadía y desplazamiento. Y así mismo, que se ordene a la EPS coadyuve en la parte correspondiente al valor del tratamiento que se realiza en Colombia y que se encuentra contemplado en el POS.

La sala plena de la Corte Constitucional realiza en esta sentencia una unificación de jurisprudencia con relación al conjunto de beneficios que se derivan del Sistema de Seguridad Social en Salud, así como de los principios que rigen la relación entre el Estado y las Entidades Promotoras de Salud, los alcances del Plan Obligatorio de Salud, los tratamientos en el exterior y el derecho a la repetición.

Señala que el Sistema General de Salud se estableció con el objetivo esencial de proteger la salud como derecho y servicio público de todos los habitantes en Colombia y que cada uno de éstos previo el pago de una cotización, recibe un Plan

¹⁴ Sentencia T-560/98

¹⁵ Sentencias T-784 y T-796/98

Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos denominado Plan Obligatorio de Salud.

Es claro para esta corporación que a las Entidades Promotoras de Salud les es exigible el conjunto de prestaciones contenidas en este Plan, con la precisión de que la condición de calidad se sujeta a la tecnología existente en el país y a las condiciones financieras del Sistema.

El POS entonces tiene unas limitaciones definidas de una parte, por la exigencia al afiliado en el cumplimiento de un período mínimo de cotizaciones al Sistema, y de la otra, por la exclusión de ciertas actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos de este.

Ahora bien, las prestaciones por fuera del Plan Obligatorio deben ser financiadas con cargo a las fuentes que alimentan el régimen contributivo, por esta razón, debe guardarse especial cuidado en el otorgamiento de estos beneficios, en la medida en que su costo puede comprometer la viabilidad del sistema dadas las altas sumas comprometidas. Es así como el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud debe examinar si se presentan o no excedentes que permitan financiar esta clase de prestaciones, cumplida la función primaria de financiar en forma correcta tanto la Unidad Per Cápita -U.P.C.- en los diferentes regímenes, como las prestaciones económicas frente a la población con derecho a ella. En consecuencia cuando se trata de la prestación de algunas actividades, intervenciones, procedimientos y tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, el ente llamado a asumir los costos de dichos tratamientos es el Fosyga.

En lo que concierne al caso concreto para el otorgamiento de prestaciones en el país o en el exterior por fuera del P.O.S. se acude a algunos parámetros señalados ya en la sentencia **SU-480/97**, que la Corte aclara y amplía. Tales parámetros, de forma sucinta, son los siguientes:

- a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.
- b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales.
- c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.
- d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.

- e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social, tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.
- f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior.
- g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago.
- h) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada.

Hacia el año 2000 la Corte Constitucional continúa desarrollando la línea jurisprudencial que venía manejando desde años pretéritos, reitera los conceptos preestablecidos y afianza el principio de conexidad. En sentencia **T-1204/00**, por ejemplo, para tutelar los derechos a la salud en conexidad con la vida y la integridad personal de un paciente que requiere la práctica del examen carga viral contra la Hepatitis C, el cual fue negado por la EPS por que no figura expresamente dentro de las coberturas establecidas por el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de salud, esta Corporación expuso de forma explícita las reglas que deben tenerse en cuenta para conceder el amparo de procedimientos médicos no POS. Las reglas son:

1. Que la falta del tratamiento vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiera.
2. Que ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS.
3. Que el interesado no pueda directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie.
4. Que el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.¹⁶

En tales eventos, la EPS se encuentra obligada a prestar el servicio, pero, como es obvio, y para preservar su equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA.

En aplicación de las reglas anteriores en sentencia **T-1524/00** la Corte tuteló los derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida de un individuo que padecía de una nefritis que le había afectado seriamente los dos

¹⁶ Aclaración de las reglas establecidas en sentencia SU-480/97

riñones y el ISS se había negado ha brindarle el tratamiento requerido para bombardear, mediante rayo láser, los cálculos renales, por que no tenía contrato con entidades que realicen dicho tratamiento y por encontrarse además fuera del Plan Obligatorio de Salud.

El debate se centró en establecer si el peticionario tenía la capacidad económica para solventar su tratamiento en atención a la regla 3 expuesta en la sentencia **T-1204 de 2000**.

El Juez de tutela, denegó el amparo por considerar que el peticionario no demostró incapacidad económica para asumir el sobrecosto del tratamiento exigido por fuera del P.O.S. Sin embargo la Corte dijo que en el proceso de referencia se evidencia que el ingreso base de cotización del accionante es un salario mínimo, por lo tanto se entiende que los ingresos del señor tan solo alcanzan para garantizar su sustento básico y a lo sumo el de su familia, pero de ninguna manera le permiten asumir directamente el pago de tratamientos que precisamente por encontrarse fuera del POS, tienen un costo mayor.

Se reitera la aplicación de las reglas precitadas, en sentencias **T-681/02 y T-283/03** que constituyen los fallos más recientes en la línea jurisprudencial expuesta y en los que se demuestra en conjunto con la sentencia anterior como se ha afianzado la obligatoriedad de los parámetros que rigen la tutela de medicamentos y tratamientos no POS. Sin embargo cabe aclarar que en esta última sentencia se presentó una divergencia en lo que corresponde a la capacidad económica de la persona que requiere el medicamento o tratamiento excluido resolviendo la Corte que si la condición económica del demandante no corresponde a la realidad, la EPS o el Estado, según sea el caso, pueden acudir a la justicia penal o civil con el fin de pedir que se investigue la posible comisión de un delito por parte del actor, o por el pago de lo no debido.

Dichas providencias se refieren puntualmente a los efectos de carácter presupuestal que trae para las EPS la ejecución de los fallos de tutela no POS, manifestando que para garantizarse el equilibrio contractual y financiero de estas entidades, se las faculta para repetir contra el FOSYGA en lo que corresponde a los sobrecostos en que hayan incurrido, ajustándose al problema de investigación planteado.

3. JUECES DE TUTELA LOCALES

3.1 HACIA UNA DEFENSA DEL PRECEDENTE EN MATERIA DE DERECHOS PRESTACIONALES.

Los jueces de tutela locales han sido enfáticos en establecer, que dada la incursión del precedente en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, es necesario que sus decisiones tengan asidero en las sentencias proferidas por el Máximo Tribunal Constitucional. Consideran que si bien la jurisprudencia se ha catalogado desde antaño, como una fuente simplemente auxiliar del derecho, no puede desconocerse que la misma está ligada al desarrollo y acertado entendimiento de los postulados constitucionales y que en añadidura a esto, materializa de forma exitosa los derechos que se consignan en la Carta Política como fundamentales. La conexión con la Constitución misma sustenta la obligatoriedad y los efectos que la Corte asigna a sus fallos, como intérprete último de los mandatos superiores y como único órgano facultado para preservar la integridad constitucional.

Ahora bien, dada la obligatoriedad de la jurisprudencia referente a las garantías fundamentales, esto en las sentencias T, al acoplamiento de las disposiciones del ordenamiento a la normatividad superior a través de las Sentencias C y el mantenimiento de una línea argumentativa consolidada frente a ciertos puntos de derecho o casos que guardan similitudes, es consecuencia lógica el que los jueces de tutela, en sus fallos, se atengan a los argumentos dispuestos en el precedente o si considera, fundadamente, que debe separarse de ellos, ha de exponer razones convincentes y ponderadas que sustenten su divergencia. De esta manera, se garantiza el principio de igualdad, pues en casos similares deben existir consideraciones y fallos similares. Si el juez, en su criterio, observa que el caso en concreto no se ajusta a los presupuestos semejantes que obligan a la aplicación del precedente, puede separarse del mismo, si fundamenta sus razones, no incurriendo de esta forma, en las tan mentadas VIAS DE HECHO.

Es por ello, que para la materia que se examina, es decir el amparo que obliga a las EPS, a proporcionar medicamentos, tratamientos y procedimientos que no se encuentran enlistados en el POS, los fallos de tutela locales reproducen en gran medida los criterios y reglas que sobre éstos asuntos, han sido reiterados en innumerables ocasiones por la Corte Constitucional. Tales criterios y reglas se traducen en dos aspectos fundamentales:

1. La aplicación del principio de conexidad del derecho a la salud, con garantías esenciales (verbigracia la vida y la integridad física), trasmutando su naturaleza de prerrogativa prestacional o programática en una prioritaria, de ejecución inmediata, y

2. la aplicación de las reglas planteadas a partir la sentencia SU-480 de 1997, respecto de las circunstancias que si se cumplen en un caso concreto, obligan indefectiblemente a las EPS a suministrar servicios NO POS, quedando facultadas estas entidades para adelantar el recobro ante el FOSYGA, preservando por consiguiente, su equilibrio presupuestal.

Los jueces de tutela, ateniéndose a estos criterios, amparan con máxima responsabilidad los derechos a la salud y a la seguridad social, en conexión con la vida en condiciones de dignidad y la integridad física, que suelen invocarse por quienes impetran acciones de tutela para efectos de que se les proporcione servicios excluidos del listado oficial.

3.2 HACIA UNA DEFENSA DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS PRESTACIONALES¹⁷.

Señalan los jueces de tutela locales, que la acción de amparo ha adquirido gran trascendencia en el campo jurídico, dado que se ha convertido en un mecanismo judicial que goza de celeridad y eficacia en lo concerniente a la protección de derechos no solamente fundamentales, sino también de los derechos que bajo una perspectiva tradicional se escapan de tener un carácter esencial.

Se extienden entonces los fallos de tutela a la garantía de los derechos prestacionales, abriéndose paso para fundamentar esta posición los criterios de conexidad, de protección reforzada de derechos y las teorías que califican a los derechos prestacionales como derechos humanos¹⁸, dejando sin piso la protección diferente a los varios tipos de prerrogativas que se manejan en el Derecho Constitucional Colombiano.

Los derechos prestacionales están relacionados íntimamente con la dignidad del ser humano desde una perspectiva global: el Estado tiene el deber de garantizarlos para efectos de otorgarles a hombres y mujeres, el ambiente social y el bienestar propicios para su desarrollo pleno y digno.

Respaldando esta postura, se encuentra la necesidad de rescatar los valores y principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, que no puede desconocerse por limitadas apreciaciones de carácter económico. Los derechos

¹⁷ Encuestas concedidas por Jueces Municipales, del Circuito, y algunos magistrados de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

¹⁸ GROS ESPIELL, Héctor. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. San José, Costa Rica: Libro Libre, 1986. Cita realizada por uno de los jueces municipales que se entrevistaron.

prestacionales desde esta perspectiva guardan una estrecha relación con la dignidad del ser humano porque constituyen medios de desarrollo integral, en consideración a condiciones mínimas de vida y a la satisfacción de necesidades básicas.

Es por ello, fundamentalmente, que los jueces de tutela locales, acogen con gran beneplácito los argumentos que esgrime la Corte Constitucional para la defensa de este tipo de derechos, a través de la acción de tutela, pues contribuye de forma significativa a su materialización, como ideal primigenio del Estado Social de Derecho, traducido en la implementación de una justicia social en el país a través de la efectiva aplicación y preservación de las garantías constitucionales.

Por otro lado y desde una perspectiva sociológica, la acción de tutela ha logrado recuperar la confianza de la sociedad en la administración de justicia, por cuanto se constituye como un mecanismo eficaz y ágil al momento de contrarrestar la vulneración de los derechos considerados prioritarios.

Los jueces encuestados, en definitiva, señalan que la acción de tutela es una institución llamada a producir frutos con respecto a la defensa de derechos fundamentales. En materia de salud, se establece que esta prerrogativa es parte fundamental del derecho a la vida constituyéndose la acción de tutela como un mecanismo esencial para su defensa.

Ahora bien, en el intrincado campo de la prestación del servicio de salud, puede acontecer que se ampare el suministro de medicamentos y tratamientos excluidos del PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, lo que no quiere decir que la tutela adolezca del carácter idóneo que se le ha impreso siempre en materia de protección de los enunciados constitucionales, y que deje de ser un mecanismo de desarrollo jurídico de la comunidad nacional, al contrario es mecanismo garante de la aplicación de dichos enunciados. Además, cabe aclarar que la ley 100 de 1993 ha creado fondos que solventan los mayores gastos que pueden enfrentar las EPS y las IPS, al momento de cumplir los fallos de tutela NO POS.

En conclusión, el legislador acertó al consagrar la acción de tutela como un mecanismo expedito para impartir justicia. Es una institución jurídica que llega a todas las clases sociales, que goza de eficacia al momento de salvaguardar las prerrogativas fundamentales. En cuanto a las tutelas NO POS, desde el punto de vista jurídico, el juez no es arbitrario al fallar, sino que aparte de ajustarse al criterio de conexidad, valora la situación económica del accionante y las pruebas allegadas al proceso.

En cuanto al POS es necesario considerar, que se trata de un concepto extremadamente restringido, y que debería sujetarse a posibles ampliaciones, dada la complejidad en la prestación del servicio de salud.

Las EPS, por su parte, que se limitan al cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, deberían tomar en cuenta los derechos de carácter fundamental que en la prestación del servicio que se señala, están en juego. La salud es un servicio de prestación, que goza de un carácter esencial y eminentemente humano.

4. DEFENSA DE LAS EPS DE LA CIUDAD DE PASTO. EL EQUILIBRIO FINANCIERO¹⁹

A través de entrevistas concedidas por los gerentes, directores y auditores médicos, las Entidades Promotoras de Salud, que decidieron prestar su valiosa colaboración para esta investigación, sentaron su posición frente a las acciones de tutela NO POS, aduciendo en su gran mayoría, que los argumentos que sirven de estribo, para conceder el suministro de tratamientos, medicamentos y procedimientos que no están contemplados en el listado oficial, adolecen de un alto grado de subjetividad e indeterminación. Varios directivos, de las precitadas instituciones manifiestan que si bien, existen criterios de gran trascendencia en el ámbito jurisprudencial, para tutelar derechos prestacionales como la salud, entre ellos, el principio de conexidad, los jueces deben examinar en igual medida, las circunstancias particulares que rodean el caso o la situación en que se encuentra el accionante, para determinar si se está poniendo en real peligro su derecho a la vida, cuando no se le proporciona un servicio o no se le suministra un medicamento o un tratamiento específico, por parte de la entidad promotora de salud.

En lo que corresponde a los efectos que acarrea este tipo de sentencias, la gran mayoría de encuestados, destaca que aunque la entidad accionada, está legitimada para adelantar la acción de recobro ante el FOSYGA, por concepto de gastos en que incurra, al ejecutar los fallos de tutela NO POS, ello per se, no garantiza un equilibrio presupuestal, pues la acción está supeditada a trámites de gran complejidad y el reintegro como tal, se dilata por períodos excesivos, de forma tal que cuando la EPS, llega a recuperar el dinero invertido, este ya ha perdido su valor adquisitivo.

Sin embargo, en términos generales, son muy pocos los partidarios de que la acción de tutela, deba reformarse sustancialmente. Algunos, en lo que concierne a las sentencias NO POS, formulan objeciones, apoyándose en aspectos referentes al escaso valor que se le da a las pruebas allegadas al proceso, o a la carencia de una evaluación concienzuda en cuanto a la situación del accionante, con miras a verificar si en su caso son aplicables criterios como el factor conexidad, pero de forma reiterativa, se destacan aspectos positivos de la solicitud de amparo, entre ellos, la efectiva aplicación de los derechos fundamentales, que no puede concebirse, sino por la existencia de un mecanismo expedito e idóneo de protección.

¹⁹ Conclusiones de las entrevistas concedidas por el Auditor Médico de COOMEVA EPS, Dr. Oscar Figueroa; la Directora Jurídica Seccional del ISS, Dra. Ruby del Carmen Goyes; el Director General de SALUDVIDA EPS, Dr. Jhon Rojas, y el Coordinador Médico de SOLSALUD EPS, Dr. Fernando García. En cuanto a CAJANAL EPS, la investigación se realizó a través de uno de sus contratistas, la Clínica SAN JUAN DE PASTO IPS, en la que concedieron entrevistas, varias personas vinculadas con la administración de la entidad.

En definitiva, no descartan que los fallos de tutela del tipo NO POS, causen desequilibrios financieros al interior de las entidades promotoras, pero recurrentemente manifiestan, que a tal problemática contribuyen también las falencias propias de algunos elementos del Sistema de Seguridad Social en Salud, verbigracia un régimen que no se acomoda al constante avance de la ciencia médica, respecto de nuevos tratamientos y nuevos medicamentos patentados, para la prevención, control y tratamiento de diversas enfermedades, lo que hace que el porcentaje de personas, que recurren a la acción de tutela, se incrementa, pues procuran obtener el suministro de dichos servicios, que aún no han sido incluidos en el POS; o bajo una perspectiva más elemental, la acción de recobro ante el FOSYGA, que no garantiza equilibrio presupuestal alguno para las empresas de salud afectadas, puesto que el reembolso requerido de los recursos invertidos en servicios NO POS, es extremadamente demorado.

En este sentido, podría afirmarse, de forma precautelar que los fallos de tutela NO POS, son causas inmediatas del desequilibrio financiero, que afrontan las EPS, al ser obligadas a proporcionar tratamientos, medicamentos y servicios, por fuera del POS, pero que incluso las solicitudes de amparo, provienen de una causa mediata, que en términos coloquiales, podría enunciarse como la existencia de un sistema de seguridad social en salud precario, en lo que respecta a cobertura de contingencias y servicios, y a la garantía y respaldo financiero para su prestación.

4.1 CAJANAL EPS Y LA CLÍNICA SAN JUAN DE PASTO IPS.

A través de la investigación desarrollada en CAJANAL EPS y la clínica SAN JUAN DE PASTO IPS, podemos concluir que los fallos de tutela que las vinculan para suministrar tratamientos y/o medicamentos por fuera del POS, les ocasionan perjuicios económicos, puesto que la administración, en cada una de estas entidades, se ha visto obligada a dejar un monto específico solamente para cumplir con las decisiones judiciales. Se vincula a la IPS porque media entre esta y la EPS (que en este caso es CAJANAL) un contrato de capitación que consiste en fijar un monto de la UPC para un grupo etéreo particular, en el caso de la contratación con CAJANAL, esta entidad cancelaba a la clínica San Juan de Pasto el 65% de la UPC de sus afiliados cotizantes para que preste los niveles de atención I, II y III incluidos medicamentos POS y no POS, es por esto que se impetra la protección del Estado contra las dos entidades (IPS y EPS).

Existe otra clase de contrato entre la EPS y la IPS denominado Contrato de Evento en el que no es posible vincular mediante acción de Tutela a la IPS ya que si el usuario cotizante de la EPS respectiva asiste para solicitar los servicios de salud a la Clínica, genera cobros independientes de acuerdo a cada servicio prestado. Por lo tanto, en esta última forma de contratación el directo obligado a

suministrar tratamientos y medicamentos por fuera del POS es la EPS y en ningún caso se puede vincular mediante fallo de Tutela a la IPS.

En el caso concreto, entre CAJANAL y la CLINICA SAN JUAN DE PASTO, existe un contrato de CAPITACIÓN que cubre niveles I, II y III de complejidad, por lo tanto, según el acuerdo contractual la atención de IV nivel no es obligación de la CLINICA SAN JUAN DE PASTO sino de CAJANAL EPS directamente. Sin embargo, en la mayoría de los fallos de Tutela se ha obligado a la prestación de servicios de salud de IV nivel, a la IPS en una forma de responsabilidad solidaria con la EPS, lo que en concepto de estas entidades, desconoce abiertamente el acuerdo contractual, generándole graves perjuicios económicos.

Por otra parte, la administración de la Clínica manifiesta que la Acción de Repetición contra el FOSYGA para recobrar los recursos invertidos en tratamientos y medicamentos no POS, es muy engorrosa dado el sinnúmero de trámites que requiere, lo que implica un exagerado desgaste de tiempo. En este lapso, el valor de los medicamentos sufre un incremento considerable, ocasionando pérdidas a la IPS y a la EPS.

Otro inconveniente expresado por la Gerencia de estas entidades, consiste en que éstas no pueden suministrar otro medicamento diferente al ordenado en la tutela, por que no se legitima para el recobro ante el FOSYGA, ya que este solo procede frente a medicamentos o tratamientos NO POS, individualizados y especificados claramente en los fallos de tutela. Por lo tanto solicita que el juez correspondiente anexe al fallo de tutela el suministro del nuevo medicamento, o la especificación de los tratamientos y medicamentos requeridos; lo que no es posible para la Justicia por que los fallos que ya se encuentran en firme hacen tránsito a cosa juzgada y son inmodificables.

Considera, finalmente, que los fallos de tutela, obedecen a criterios subjetivos e indeterminados, pues si bien se acogen subreglas de carácter constitucional, para proferirlos, entre ellos el principio de conexidad, no se hace el suficiente examen probatorio para establecer si en el sub lite, existe una verdadera vulneración del derecho a la vida. Además, en muy pocas ocasiones se hace caso del criterio médico, que establece que la salud del paciente, puede ser reestablecida con el uso de un medicamento o el suministro de un tratamiento, alterno al que él solicita por vía de amparo. En este sentido, y con miras a solucionar estas inconsistencias, la acción de tutela debería reformarse, por lo menos, estableciéndose criterios de obligatoria observancia para los jueces, como los conceptos médicos que emitan, quienes trabajan en el ramo y están adscritos a las entidades, que forman parte del sistema de salud.

4.2 COOMEVA EPS.

Manifiestan las directivas de esta entidad que los fallos de tutela NO POS, tiene dos características comunes, que de suyo son perjudiciales para el sistema de seguridad social en salud: la primera, un alto grado de subjetividad y la segunda, que se pasan por alto, los procedimientos que el usuario debería agotar antes de acudir a la acción de amparo, verbigracia la solicitud del concepto del Comité Técnico Científico, pronunciándose sobre su situación y sus pedimentos, en concreto. Desde este punto de vista, podría aducirse que los afiliados y beneficiarios del sistema, están protegidos por dos mecanismos alternos: los comités y las acciones de tutela, lo que en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, no resulta muy lógico. Lo procedente sería decirle al usuario, que agote los procedimientos instaurados, antes de acudir a un mecanismo excepcional y subsidiario, como lo es la acción de tutela.

En añadidura a esto, los jueces de tutela fallan constantemente a favor de los accionantes, que solicitan medicamentos, tratamientos o procedimientos NO POS, sin importarles si para el efecto, las EPS deban afrontar gastos imprevistos, y evacuar trámites de gran complejidad, como ocurre, por ejemplo, cuando por vía de amparo, se ordenan remisiones al exterior para que se proporcione un determinado tratamiento.

Tales fallos, con connotaciones tan particulares, acarrean diversos problemas, no tanto para las EPS, como para el Sistema de Seguridad Social en Salud, en general.

Nótese, por ejemplo, que se permite a las EPS por los gastos que deba afrontar al dar cumplimiento a las tutelas NO POS, recobrar ante el FOSYGA, que tiene una cuenta que maneja recursos para tales efectos, recursos que no son ilimitados, y que no podrían, en una situación dada, soportar gastos excesivamente altos (como los que se producen, reitera, en las remisiones al exterior, que comprometen cantidades en millones de dólares).

En estricto sentido, podría decirse que la acción de recobro ante el FOSYGA si garantiza un equilibrio presupuestal para la EPS, pero no para el sistema, pues como se dijo, la cuenta correspondiente del precitado fondo, tiene recursos limitados, y dada la situación financiera y presupuestal del país, su tope no es tan alto. Si el presupuesto, para solventar las tutelas NO POS, llega al límite en cada período, el dinero que sea necesario se toma de otros rubros, por ejemplo, de los recursos destinados a campañas de prevención, afectando en sí, el funcionamiento del sistema en otros renglones o campos.

El problema, también es del régimen. Este adolece de notorias falencias, a título de ilustración, basta mirar como ha avanzado la ciencia médica, y como la legislación del área, incluyendo el POS, se ha quedado rezagada. A medida que

pasa el tiempo, aparecen nuevos tratamientos y nuevas tecnologías, útiles al momento de combatir diversas enfermedades, y que no se incluyen en el listado oficial, por estar éste desentonando con los cambios vertiginosos de la ciencia, y por consiguiente, las acciones de tutela instauradas se incrementarán, con miras, a que esos procedimientos, recientes en su implementación, sean proporcionados a los pacientes. La seguridad social en salud, requiere entonces de varias reformas, que la tornen ágil, eficiente, capaz de adecuarse a los constantes avances de la ciencia médica.

En este orden de ideas, no es la acción de tutela la que deba reformarse, sino las normas que rigen la prestación de los servicios en salud, y su cubrimiento respecto de tratamientos, medicamentos y procedimientos, que cada vez son más diversos y novedosos.

4.2 INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

La posición a nivel de la institución, respecto de los fallos de tutela NO POS, y de los efectos que éstos acarrearán para la entidad, se sintetizan en los siguientes argumentos:

Los fallos de tutela, proferidos en materia de salud, y específicamente en el campo del POS, no obedecen a criterios simplemente subjetivos del juez, dado que los mismos se sustentan en los postulados que han hecho carrera en la jurisprudencia nacional, verbigracia el factor conexidad y la defensa reforzada del derecho a la vida, que puede concebirse como la máxima garantía de nuestro ordenamiento constitucional. Además, el juez de tutela es muy respetuoso de los criterios médicos y de la historia clínica del paciente, para efectos de evaluar la situación concreta del mismo, y determinar si los derechos fundamentales por él invocados, están siendo realmente vulnerados.

La única observación que se hace respecto de dicho tipo de fallos, es que deben centrarse aún más en el examen del caso en concreto, para efectos de determinar concienzudamente si existe conexidad real del derecho a la salud, con el derecho a la vida, con miras a brindarle la protección que sea pertinente.

Ahora bien y pese a lo anterior, es preciso señalar que los fallos de tutela que conceden el suministro de tratamientos, medicamentos y procedimientos no contemplados en el listado oficial, acarrearán varios efectos, hasta cierto punto negativos, para la EPS, esencialmente de carácter económico. Esto en razón de que, de todas maneras, los servicios que no se encuentran incluidos en el POS, deben ser pagados por la entidad, para efectos de ser proporcionados al paciente, ocasionando, por ende un desfinanciamiento, en términos presupuestales. De allí que sea tan importante, que los mentados fallos autoricen

en su parte resolutive, a la EPS, en este caso, al ISS, para que adelante la acción de recobro, por los gastos en que incurra, ante el FOSYGA. En ese evento, el fallo se convierte en un título ejecutivo.

Sin embargo es de destacar, que la acción de recobro está revestida de mucha complejidad, pues aparte de que se ha establecido un término perentorio, dentro del cual debe adelantarse, existen otros requisitos, de difícil cumplimiento, que la despojan de la agilidad, que sería deseable en una acción de este tipo.

Esta es una de las falencias que tiene el Sistema de Seguridad Social en Salud, entre otras, que revisten mayor gravedad, como la limitada disponibilidad de recursos que lo respaldan, y esto en términos macroeconómicos, pues la inestabilidad financiera, es característica preponderante de la economía nacional, derivada básicamente del conflicto interno. Las falencias del sistema, es materia de difícil trato, dadas todas estas connotaciones.

4.4. SALUDVIDA EPS.

La posición de esta entidad, respecto de los fallos de tutela NO POS, se sustenta en los siguientes argumentos:

Los fallos de tutela, que conceden la prestación de servicios y procedimientos o el suministro de medicamentos o tratamientos, excluidos del listado oficial, se justifican en la medida en que acogen, para la protección de los derechos invocados por los accionantes, criterios de gran trascendencia como la conexidad, cuya aplicabilidad depende de las circunstancias particulares de cada caso, determinándose si la vulneración del derecho a la salud, pone en entredicho la vigencia de garantías fundamentales como la vida del paciente, de acuerdo a su situación, considerada en concreto.

Sin embargo, cabe objetar frente a este tipo de fallos, que si bien tienen fundamentos, que desde el punto de vista jurídico o social, son de recibo, se está acudiendo para proferirlos, no a la evaluación minuciosa del caso que se examina, como sería deseable, sino que se adecuan a formatos prediseñados, en los que simplemente se cambian datos y los nombres de las partes litigiosas. De esta forma, se descarta en cierta medida el ejercicio judicial sobre casos específicos. En este sentido, sería indispensable que los jueces de tutela, no caigan en lo mecánico a la hora de proferir sus sentencias, sino que presten atención a aspectos de gran importancia dentro del trámite, como las pruebas y medios de convicción que se alleguen al proceso.

Con respecto a los efectos, que acarrearán las acciones de amparo, falladas a favor de los usuarios que solicitan la prestación de servicios NO POS, en lo que

concierno a esta EPS, es pertinente señalar, que se contraen a traumatismos en el presupuesto de la entidad, en razón de que la misma, es quien en primera medida, corre con los gastos para suministrar los medicamentos, tratamientos o procedimientos que se requieran. Ahora bien, hoy en día la ley ha permitido que las EPS adelanten el recobro ante el FOSYGA, por dichos valores, pero el trámite es bastante complejo y el pago se tarda demasiado tiempo. Deberían adelantarse gestiones para que éste último se agilice. En este orden de ideas, contrario a lo sostenido por los jueces en sus fallos, debe decirse que la acción de recobro que se expone, no es garantía de equilibrio financiero para la EPS, dado que dicha garantía solo puede devenir de la inmediatez en la retribución de los recursos que se inviertan por concepto de servicios NO POS, cosa que actualmente no existe.

Así mismo, son excesivos los requisitos para el recobro, y si las EPS no están atentas o no tienen los requisitos suficientes (verbigracia fallos de tutela ejecutoriados, documentos debidamente autenticados y presentados en términos perentorios, entre otros), se pueden perder los recursos, que por derecho deberían retribuirse.

Finalmente, cuando se expidió la ley 100 de 1993, se establecieron claramente, los servicios que están a cargo de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, señalándose por ejemplo, mediante el POS, los medicamentos, tratamientos y procedimientos que se cubren y los que no se cubren. En este sentido, es el Estado quien está obligado, a garantizar la prestación de este último tipo de servicios, pues la EPS, solo debe responder por las obligaciones que la ley le impone. Las acciones de tutela de tipo NO POS, están en contravía de estos criterios.

Para remediar esta situación, deberían implantarse medidas, con miras a:

1. Que las EPS no deban asumir los costos de obligaciones, que en principio no les corresponden (a título de ejemplo, la prestación de servicios excluidos del POS), y que de ser asumidos desequilibran los estados financieros de la entidad.
2. Reglamentar la acción de tutela, para que no transmute su naturaleza de mecanismo excepcional de protección, en uno general.

No obstante, también existen problemas dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, concebido en su generalidad. La implementación del mismo, a partir del modelo chileno, comienza con la ley 100 de 1993, y no ha alcanzado aún su máxima aplicación, todavía se presentan dificultades en campos como la optimización de recursos, los niveles de eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios, cobertura, en fin. Es un sistema que se está construyendo, y que por ende todavía tiene muchas falencias. Esto también contribuye a que los usuarios acudan a la acción de tutela, en mayor proporción, para obtener atención de

contingencias en salud, que el sistema, dadas sus limitaciones, todavía no ha llegado a cubrir.

4.5 SOLSALUD EPS.

Las directivas de esta entidad manifiestan, que de los fallos de tutela NO POS, pueden destacarse tres características básicas:

1. Están cargados de subjetividad.
2. Reflejan una carencia de conocimiento, por parte del juzgador, en el campo médico.
3. Contrario sensu a lo que en ellos mismos se sostiene, no están fundamentados en una conexidad real del derecho a la salud con el derecho a la vida, factor que solo llegaría a configurarse, cuando la vida del paciente esté en verdadero peligro, evento en el cual, la atención se obtiene en cualquier entidad, piénsese por ejemplo, en el caso de un infarto o de una grave fractura.

Pese a los defectos que se exponen, de este tipo de fallos, es necesario señalar, que no acarrearán efectos de ninguna clase para la EPS. Algunos manifiestan que se afectan los estados financieros de estas entidades, pero lo cierto es, que dado que ellas cuentan con la acción de recobro ante el FOSYGA, los recursos que invierte con el suministro de servicios ajenos al POS, son recuperados. Lo único que se debe recalcar, es que el FOSYGA, se demora un tiempo considerable en reintegrar dichos montos, pidiendo éstos su valor adquisitivo. Sin embargo, pese a este problema, el equilibrio presupuestal para las EPS, está garantizado, dado que en términos generales, la Seguridad Social se ha convertido en un negocio gigantesco, que ha reportado grandes ganancias para las empresas intermediarias (entiéndase por éstas, las entidades privadas, que promocionan y prestan servicios de salud, que en principio le competen al Estado), tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

Palmario de lo anterior, es que existen rubros destinados a respaldar económicamente, los fallos de tutela que concedan el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos por fuera del POS. Dichos montos se incrementan cada año.

En este orden de ideas, y con tal respaldo económico las EPS y las IPS, se han convertido en “negociantes” de los servicios de salud, situación bastante cuestionable, que no puede imputarse sino al Estado, quien delega una responsabilidad eminentemente social a particulares. El ente estatal, es quien

debería responder directamente por la salud de las personas, sin embargo en nuestro país se diseñó un sistema perverso que entrega tales funciones a intermediarios.

Comparando los defectos que inicialmente se expusieron respecto de la acción de tutela, con los que pueden predicarse del Sistema de Seguridad Social en Salud, en manos de particulares, son más preponderantes y revisten mayor gravedad, estos últimos, de manera que sin lugar a dudas, debe concluirse que la acción de amparo, no debe reformarse ni restringirse en su aplicación, en razón de que es un mecanismo que protege los derechos de los sectores más vulnerables de la población, frente a un sistema, en esencia, perverso.

5. FALLOS DE TUTELA LOCALES

Para adentrarse en el análisis de los fallos de tutela proferidos por los Jueces Municipales de Pasto, en asuntos en los que se encuentran comprometidas Entidades Promotoras de Salud de carácter privado; de los Jueces de Circuito de la misma ciudad, que conocen de casos en los que están involucradas entidades públicas (en el sub lite, el ISS); y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que conoce algunas sentencias de tutela por vía de impugnación, se visitaron las EPS, que prestan sus servicios en el municipio, para efectos de obtener cifras aproximadas de las tutelas NO POS, incoadas por sus afiliados, en el últimos cinco años. A continuación se exponen los datos obtenidos, de las entidades que desearon colaborar con esta investigación:

ENTIDAD	TUTELAS IMPETRADAS POR SUS AFILIADOS
CAJANAL	799
COOMEVA	187
ISS	1000
SALUDVIDA	10
SOLSALUD	4

SALUDVIDA Y SOLSALUD, empezaron a prestar sus servicios recientemente en la ciudad de Pasto. Tal período es de aproximadamente dos (2) años, por lo cual el número de tutelas, impetradas por sus afiliados, es reducido.

De la tabla de datos que se expone, se obtiene un total de **2000** fallos de tutela, de cuya observación se concluye que tienen una tendencia a conceder el amparo de los derechos a la salud y a la seguridad social, en conexión con la vida, invocados por los accionantes. En virtud de esa tendencia uniforme, se opta por tomar una muestra de los mismos, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$n = N Z^2 (p.q) / e^2 (N-1) + Z^2 (p.q)$$

De donde:

N es la población objeto de la investigación, para el caso, el número de tutelas NO POS incoadas: 2000.

Z es la valoración de la curva normal de acuerdo al nivel de confianza. En la investigación se adopta un nivel de confianza del 90% (0,9), con un margen de error del 10% (0,1). De acuerdo a la tabla de *DISTRIBUCIÓN NORMAL TÍPICA ACUMULADA*, que señala los valores de *Z*, de acuerdo al margen de confiabilidad

adoptado, en razón de los porcentajes acogidos (90% y 10%), tal valoración es de 1,282.

P es la probabilidad de ocurrencia, es decir, para el sub lite, la probabilidad de que la persona (afiliado), interponga una acción de tutela para reclamar el suministro de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del listado oficial.

q es la probabilidad de no ocurrencia, es decir, en el caso en concreto, la probabilidad de que la persona (afiliado), no interponga una acción de tutela para reclamar servicios NO POS.

Tales datos se establecen en un 50% (0,5) para cada probabilidad, pues la persona puede incoar la tutela, como puede no hacerlo, de acuerdo a su criterio.

e es el margen de error, que como ya se señaló se ha establecido en un 10% (0,1).

Aplicando la fórmula:

$$n = 2000 (1,282)^2 (0,5) (0,5) / (0,1)^2 (2000-1) + (1,282)^2 (0,5) (0,5)$$

$$n = 2000(1,6435) (0,25) / 0,01 (1999) + (1,6435) (0,25)$$

$$n = 821,75 / 19,99 + 0,4108$$

$$n = 821,75 / 20,4008$$

$$n = 40,28 @ 40$$

La muestra de fallos de tutela NO POS a revisar equivale a cuarenta (40).

A continuación, se exponen las fichas jurisprudenciales de los fallos que se tomaron de las distintas EPS, según el número de muestra:

TUTELAS CONTRA CAJANAL EPS Y LA CLÍNICA SAN JUAN DE PASTO IPS

RADICACIÓN: 2003-164

JUEZ: Juez Primero de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad de Pasto.

SOLICITUD: El paciente que sufre de cáncer requiere, para efectos de adelantar la quimioterapia, los medicamentos ACETATO DE LEUPROLIDE y ACETATO DE CITROTERONA que no se encuentran en el POS. Solicita la protección de sus derechos a la vida y a la salud.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): La IPS se apoya en la existencia de un acuerdo contractual con CAJANAL EPS, que constituye ley para las partes. Entre las obligaciones de las entidades demandadas está el proporcionar los medicamentos contemplados en el POS, excluyéndose de tal obligación los que no se encuentren en el mismo. El Sistema de Seguridad Social procura que los recursos disponibles sirvan para solventar las necesidades de toda la población,

de manera tal que cada uno de los afiliados y beneficiarios del sistema gozan de derechos limitados.

FALLO: En el caso concreto, se tutela el derecho a la salud en virtud de su estrecha relación con el derecho a la vida. Debe suministrarse el medicamento y recobrar ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 670-2001

JUEZ: Segundo Penal Municipal de Pasto.

SOLICITUD: La paciente, una menor de edad, requiere una hormona de crecimiento denominada GENOTROPIN. Este medicamento no está contemplado en el POS, si no se suministra se vulneran los derechos a la salud, la vida y la seguridad social.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): El tratamiento es simplemente estético y la vida de la menor no está en peligro.

FALLO: Con la negativa frente al suministro del medicamento requerido se somete a la menor a graves perjuicios físicos y psicológicos. Se tutelan los derechos invocados, y se autoriza a las entidades para efectuar el recobro ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2001-395

JUEZ: Tercero Civil del Circuito de Pasto.

SOLICITUD: La persona sufre de hipertensión arterial, y necesita una serie de medicamentos que no están contemplados en el POS para recuperar su salud.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): La IPS se apoya en la circular interna 056 de 2000, que señala que los medicamentos NO POS se entregarán en un período de 3 meses al fallo de tutela y que en el caso ese período se venció. CAJANAL aduce que la tutela interpuesta no especifica los medicamentos que deben entregarse, lo cual representa un grave problema al adelantar el recobro ante el FOSYGA.

FALLO: Se tutelan el derecho a la salud y a la seguridad social, dada su conexidad con los derechos a la vida y a la integridad física del paciente. Es ilógico que una circular obstaculice la recuperación total de la salud de una persona.

RADICACIÓN: 2002-642

JUEZ: Tercero Civil Municipal-Pasto

SOLICITUD: Medicamentos NO POS para una paciente que sufre de artritis reumatoidea. Invoca los derechos a la vida, la salud y la seguridad social.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): Se apoya en la exclusión que hace el MAPIPOS de los medicamentos requeridos.

FALLO: Se amparan los derechos invocados porque se encuentran, en el caso concreto, en estrecha relación con el derecho a la vida. Además, la accionante es una persona de la tercera edad que requiere especial protección dado su estado

de debilidad manifiesta. Se deben suministrar los medicamentos NO POS y repetir ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2003-149

JUEZ: Cuarto Penal de Circuito de Pasto

SOLICITUD: Que se suministren medicamentos NO POS para el tratamiento de una hernia inguino uretral. Se invocan los derechos fundamentales a la salud y a la integridad personal en conexión con la vida.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): La clínica suscribió un contrato con CAJANAL EPS que señala que la primera se compromete a prestar los servicios de salud y a suministrar medicamentos POS y NO POS, siempre y cuando la entrega de éstos últimos cuente con la aprobación del Comité Técnico Científico o medie mandato judicial, cosa que no sucede en el caso concreto. La práctica de procedimientos y el suministro de medicamentos NO POS lesionan el equilibrio financiero de la entidad y del Sistema de Seguridad Social en general.

FALLO: Dado que el accionante es una persona de la tercera edad requiere protección extraordinaria. Se tutelan los derechos invocados y se cuestiona la negligencia de las entidades, pues no debe esperarse al fallo judicial para suministrarse el medicamento requerido. Se autoriza el recobro ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 511-01-Impugnación de Fallo de Tutela

JUEZ: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto-Sala de Decisión Civil Familia

SOLICITUD: Suministro del medicamento NO POS PLANIX 75 a un paciente de la tercera edad que padece de Insuficiencia Arterial. Se invoca el amparo de los derechos a la vida digna, la integridad física, la salud y el de seguridad social.

DEFENSA DEL DEMANDADO: El medicamento reclamado no se encuentra en el POS, y por ende la solicitud de su suministro debe someterse a un procedimiento. Debe analizarse si existen otras alternativas terapéuticas y si media concepto del Comité Técnico Científico. No existe riesgo en cuanto a la vida del paciente, el médico tratante señaló que existen otros mecanismos para prevenir los fenómenos trombóticos.

FALLO: El juez de primera instancia no concede la tutela apoyándose en el concepto del médico tratante. El ad quem, por su parte, revoca el fallo del a quo en consideración a que las entidades accionadas no han demostrado cuáles serían los mecanismos alternativos al suministro del medicamento NO POS, y si tienen el mismo grado de efectividad. Aplica las reglas de la sentencia SU-480/97 para decidir el amparo de los derechos invocados.

RADICACIÓN: 2004-011

JUEZ: Cuarto Civil del Circuito de Pasto

SOLICITUD: Práctica del examen de RESONANCIA MAGNÉTICA, excluido del POS, a una paciente que padece afecciones en su columna vertebral.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): El servicio requerido es de IV Nivel, por lo tanto está excluido del POS. El contrato suscrito entre la EPS y la IPS mencionadas no cubre este tipo de servicios.

FALLO: Se concede la tutela para proteger derechos fundamentales de la accionante como la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social. Estos dos últimos por tener estrecha relación con los primeros. Se autoriza a las entidades accionadas para que adelanten la repetición contra el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2003-052

JUEZ: Quinto Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: Suministro del tratamiento ANGIOPLASTIA Y STENT a una persona que padece de insuficiencia renal crónica. Se invocan los derechos a la vida digna y a la salud.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): Es posible proporcionar la ANGIOPLASTIA que es un procedimiento POS, pero no el STENT por cuanto aparte de estar excluido del listado oficial, no está contemplado en el contrato de prestación de servicios de salud suscrito entre la EPS y la IPS precitadas.

FALLO: Se amparan los derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida. Se declara que las entidades demandadas tienen derecho a repetir contra el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2003-227

JUEZ: Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto

SOLICITUD: Suministro de los medicamentos CARVEIDOL y VALSARTAN para un paciente que sufre de MIOCARDIOPATIA. Invoca los derechos a la vida, la salud y la seguridad social.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): Apoyándose en el contrato suscrito entre las entidades, la IPS no está obligada a suministrar medicamentos NO POS, excepto cuando ellos hayan sido aprobados por el COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO o su suministro haya sido ordenado por decisión judicial, lo que no se cumple en el sub lite. Los derechos de los usuarios no son ilimitados, deben acomodarse a las condiciones financieras del Sistema de Seguridad Social en Salud.

FALLO: Se tutelan los derechos invocados, apoyándose en el principio de conexidad. Es un deber del Estado y de las instituciones del sistema mantener la salud de las personas, su bienestar físico, mental y social.

SE NIEGA LA TUTELA:

RADICACIÓN: 2002-232

JUEZ: Cuarto Civil del Circuito de Pasto

SOLICITUD: Suministro del medicamento NO POS NASTEROL, que el paciente ante la negativa de las entidades accionadas de proporcionárselo tuvo que adquirirlo por pecunio propio, cosa que para la fecha le es imposible. Invoca los derechos a la salud y a la seguridad social, fundamentales por su conexidad con la vida.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): Al no encontrarse el medicamento dentro del POS no es factible su suministro, sin embargo se puede sustituir por un medicamento genérico que goza de similar efectividad.

FALLO: Se niega la tutela dado que el medicamento requerido se puede sustituir por uno genérico. La droga que se pretende no es esencial ni vital para contrarrestar la enfermedad.

TUTELAS CONTRA COOMEVA EPS

RADICACIÓN: 2003-185

JUEZ: Tercero Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: El paciente requiere de un examen de resonancia magnética nuclear con gadolinio. Invoca los derechos a la vida, la salud y la seguridad social.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): El medio de contraste gadolinio no se encuentra contemplado en el POS, razón por la cual no existe obligación de la EPS de suministrarlo. Esto en aplicación de la Resolución 5261 de 1994 y del Decreto 806 de 1998 que regulan el POS.

FALLO: En el caso concreto, al no realizarse el examen requerido se pone en riesgo la vida. Hay conexidad entre la salud y la vida por lo cual estas garantías deben ser amparadas como derechos esenciales. Los reglamentos legales deben inaplicarse en defensa de los derechos fundamentales. Se aplican las subreglas de la sentencia SU-480/97, que en el sub lite se cumplen. La EPS debe repetir contra el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2005-26

JUEZ: Primero Penal Municipal de Pasto

SOLICITUD: El peticionario requiere que se le practique un Bypass Gástrico por laparoscopia. Invoca los derechos a la salud y a la vida.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): El procedimiento que se solicita es NO POS, por lo cual el usuario debe asumir su costo directamente. Además no fue valorado por un médico adscrito a la EPS.

FALLO: Se tutelan los derechos invocados, autorizando a la entidad para que adelante la repetición contra el FOSYGA. En el caso se presenta conexidad entre los derechos a la salud y la vida. La persona que requiere los exámenes debe ser tratada urgentemente, pues su padecimiento le ha ocasionado obesidad. Su capacidad física y laboral han disminuido lo que no le permite tener una vida digna. El que el tratamiento sea prescrito por un médico no adscrito a la EPS, proviene precisamente de la negativa de la entidad de remitir al paciente a la

Clínica de la Obesidad en Cali, por lo cual la persona tuvo que acudir a un especialista por sus propios medios.

RADICACIÓN: 2005-187

JUEZ: Tercero Civil Municipal de Pasto.

SOLICITUD: La paciente sufre de NEUROCYSTICEROSIS, requiere del medicamento OXCARBAZEPINA para controlar su afección. Invoca los derechos a la salud y a la vida.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): Puesto que el medicamento no está contemplado en el POS, la paciente debió remitir su solicitud al Comité Técnico Científico para que se tramite la autorización. Esto nunca se hizo.

FALLO: Se apoya en el principio de conexidad de los derechos que se invocan para tutelarlos. Señala que si no se ha realizado el trámite ante el Comité Técnico Científico por parte de la accionante es precisamente porque no ha recibido suficiente asesoría por parte de la EPS, para hacerlo. Las normas de menor rango no deben obstaculizar la aplicación de los derechos fundamentales. Se autoriza a la EPS para que adelante la acción de repetición contra el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2004-1096

JUEZ: Tercero Civil Municipal de Pasto

SOLICITUD: Un menor de edad requiere del medicamento METILFENIDATO, para contrarrestar los efectos de su padecimiento (trastorno del aprendizaje, hiperactividad, dispraxia y síndrome de tics). Se señalan como derechos a tutelarse la salud, la vida y las garantías esenciales de los niños.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): El medicamento que se solicita es NO POS, por lo cual se debe acudir al Comité Técnico Científico para que defina sobre su pertinencia.

FALLO: Los derechos de los niños son prevalentes. En el caso concreto se están vulnerando flagrantemente pues no se garantiza al menor un desarrollo digno e integral. La EPS tiene la obligación de suministrar el medicamento, se le autoriza para que repita contra el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2001-282

JUEZ: Primero Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: Un menor de edad necesita el tratamiento denominado INMUNOTERAPIA ESPECÍFICA, para controlar el ASMA y la RINITIS ALÉRGICA que padece. Se señala que si no se proporciona el tratamiento se vulneran los derechos a la vida, la salud, la seguridad social y en general los derechos fundamentales de los niños.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): El tratamiento que se pretende no está contemplado en el POS, por lo cual no existe obligación de suministrarlo por parte de la EPS.

FALLO: En este caso el derecho a la salud debe ser tutelado, pues se trata de un derecho fundamental no por conexidad sino por mandato constitucional en razón de que se predica de un menor de edad. Se ampara también su dignidad, consistente en no permitir irregularidades en el desarrollo físico y psicológico del menor. Se autoriza a la EPS para que repita contra el FOSYGA por concepto del tratamiento suministrado.

RADICACIÓN: 2002-1044

JUEZ: Quinto Civil Municipal de Pasto

SOLICITUD: El paciente sufre de SÍNDROME VERTIGINOSO CENTRAL, por lo cual necesita ser tratado a través de procedimientos complejos, NO POS. Si no se proporcionan se vulnerarían sus derechos a la vida y a la seguridad social.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): El examen requerido, es decir, el ANGIOTAL CEREBRAL, no está contemplado en el listado oficial, por consiguiente no existe la obligación de su suministro para la EPS.

FALLO: La aplicación de la reglamentación legal (POS) pone en peligro garantías fundamentales. Se aplican reglas de la sentencia SU-480/97, que en el caso concreto y de acuerdo a las pruebas aducidas, se cumplen en su cabalidad. Se tutelan los derechos invocados y se autoriza a la EPS para que adelante la acción de repetición contra el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2003-871

JUEZ: Tercero Civil Municipal de Pasto

SOLICITUD: El paciente requiere del suministro de unos audífonos. Considera que si no se realiza tal suministro se vulneran sus derechos a la vida, la salud y la seguridad social.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): De acuerdo al decreto 806 de 1998 éstos elementos están excluidos del POS. No hay obligación de suministrarlos.

FALLO: La actitud de la EPS implica el menoscabo de la dignidad del paciente. La audición es uno de los cinco sentidos que si se disfrutan plenamente permiten un desarrollo integral y digno de la persona. Las sentencias de la Corte Constitucional referentes al suministro de audífonos, en específico, han concedido el amparo. Se tutelan los derechos invocados. La EPS puede repetir contra el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2002-1275

JUEZ: Tercero Civil Municipal

SOLICITUD: El paciente requiere de la cirugía refractiva LASIK OA. Si no se practica esta intervención se vulnera el derecho a la salud en conexidad con la vida digna.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): Los servicios prestados por la EPS están regidos por el decreto 806 de 1998, que excluye ciertos procedimientos médicos,

verbigracia el que se solicita, en virtud de lo cual no existe obligación de autorizarlo.

FALLO: La cirugía mejorará la visión del paciente lo que significa la garantía de una vida digna, disfrutada a plenitud. En el caso concreto hay conexión del derecho a la salud con el derecho a la vida. Se acude a las reglas de la sentencia SU-480/97, que se cumplen a cabalidad en el sub lite. Se tutelan los derechos invocados y se autoriza a la EPS para que repita contra el FOSYGA.

SE NIEGA LA TUTELA:

RADICACIÓN: 2004-231

JUEZ: Tercero Penal Municipal de Pasto.

SOLICITUD: La accionante busca que se le suministre el medicamento AMARYL, que no está contemplado en el POS. Señala que con la negativa del suministro, se vulneran sus derechos a la vida y a la salud.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): El medicamento es NO POS, por lo cual no existe obligación de suministrarlo. Sin embargo, tal y como lo señala el médico tratante, se puede sustituir por uno que si está contemplado en el POS.

FALLO: Se apoya en las reglas de la sentencia SU-480/97. Concluye que dichas reglas no se cumplen en su totalidad dado que el medicamento requerido se puede sustituir por uno incluido en el POS, de forma tal que si no se suministra el que la paciente desea no se pone en peligro la vida. El Sistema de Seguridad Social tiene limitantes, que obedecen a los principios de universalidad y solidaridad. Estos deben respetarse en el caso sub examine.

SE NIEGA LA TUTELA:

RADICACIÓN: 2003-11

ENTIDAD DEMANDADA: COOMEVA EPS SA

JUEZ: Tercero Penal del Circuito de Pasto (Segunda Instancia)

SOLICITUD: Un paciente requiere del suministro de los medicamentos ZURCAL y DIP, para tratar el reflujo gastroesofágico que padece. Con la negativa de tal suministro, afirma que se vulneran sus derechos a la vida, la integridad personal y la salud.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): Los medicamentos solicitados no están contemplados en el POS y según el médico tratante pueden ser sustituidos por otros que si se incluyan en el listado oficial.

FALLO: El a quo no concede el amparo pues considera que está probado que los medicamentos No POS pueden ser sustituidos por los que están contemplados en el listado oficial, es decir que no se pone en riesgo la vida si no se suministran los medicamentos excluidos. El juez ad quem, por su parte, aplica en su integridad las reglas señaladas en la sentencia SU-480/97. No se cumplen los presupuestos de vulneración de derechos fundamentales y de que los medicamentos POS no gocen de la misma eficacia que los NO POS. Niega el amparo.

TUTELAS CONTRA EL SEGURO SOCIAL

RADICACIÓN: 2004-0256-00

JUZGADO: Tercero Civil del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La protección de los derechos a la vida, salud y seguridad social y consecuentemente que se ordene a la EPS Seguro Social, suministrar cita con médico alergólogo y la totalidad del tratamiento y medicamentos que la accionante requiere para su enfermedad urolitiasis –cálculos renales-, ya que estos fueron negados por la entidad prestadora del servicio por no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud.

DEFENSA DE LA EPS: Manifiesta el Seguro Social que no puede autorizar la cita en la especialidad de alergología, por estar excluida del POS; sin embargo que la paciente puede solicitar al médico tratante un examen diagnóstico complementario que cumpla el mismo fin del examen requerido.

FALLO: El juez de tutela considera como lo ha expuesto la Corte Constitucional que los derechos a la salud y a la seguridad social son fundamentales por conexidad con el derecho a la vida, por lo tanto solo se puede obligar a las EPS a asumir el costo de los medicamentos o tratamientos excluidos del POS, cuando de manera efectiva se ponga en peligro este derecho. Acoge los criterios de la Corte, expuestos en la sentencia Su-480/97. En el presente caso, se cumplen tales requisitos por lo tanto se ordena al ISS suministrar a la accionante la cita con el médico especialista y los medicamentos requeridos para atender su patología, y permite que la EPS recobre los valores excluidos del POS al FOSYGA, quien debe cancelarlos dentro de los quince días siguientes a la presentación de las cuentas de cobro.

RADICACIÓN: 2004-0196

JUZGADO: Quinto Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La protección de los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social de un menor que padece retardo mental y trastorno de aprendizaje y que por lo tanto necesita de un tratamiento interdisciplinario que consta de terapia ocupacional, sicología y educación especial. El ISS ha negado las terapias requeridas por el menor argumentando que necesita una orden judicial para su suministro. Los padres del menor no cuentan con los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos de rehabilitación.

DEFENSA DE LA EPS: El ISS manifiesta que tiene contrato con el CEHANI para prestar el servicio de salud en rehabilitación a los menores discapacitados, más no en educación especial por no estar contemplada en el POS.

FALLO: En primer término el juez afirma que los menores se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, razón por la cual el derecho a la salud según la Corte Constitucional es elevado a rango fundamental, además esta condición en el caso concreto no solo se predica por la minoría de edad sino por la discapacidad psíquica que padece el menor, es necesario entonces acoger los postulados del derecho a la igualdad puesto que los disminuidos físicos,

sensoriales y psíquicos deben tener atención integral de rehabilitación y no se les puede negar por su condición ningún derecho. El juez de tutela considera que la negativa del ISS de prestar los tratamientos necesarios al menor viola sus derechos fundamentales a la salud, educación y a la vida digna, por lo tanto concede la tutela y ordena al ISS iniciar las terapias y la educación especial a favor del menor, además ordena suministrar medicamentos, cirugías y demás tratamientos y elementos que el mismo requiera para salvaguardar su vida en condiciones dignas. Así mismo autoriza a la EPS a repetir contra el FOSYGA por el recobro de los dineros de los tratamientos que se encuentren por fuera del POS, reembolso que debe realizarse en el término de diez días contados a partir de la presentación de las cuentas de cobro.

RADICACIÓN: 2004-64

JUZGADO: Primero Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La accionante solicita la tutela del derecho a la salud en conexidad con la vida, ya que el ISS se negó a suministrarle los medicamentos ISOPTIN, CATAPRESAN y GLUCOSAMINA SULFATO que requiere para tratar sus enfermedades OSTEOARTROSIS, HIPERTENSIÓN ARTERIAL E HIPOTIROIDISMO, cabe aclarar que estos medicamentos fueron prescritos por un médico particular, por que la droga que le suministraban los médicos del ISS no le proporcionaba ninguna mejoría. La accionante hace conocer que no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar el costo mensual de las medicinas que asciende a casi medio millón de pesos.

DEFENSA DE LA EPS: El ISS informa al juzgado que los medicamentos que requiere la paciente se encuentran por fuera del POS y que para ser entregados deben ser aprobados por el comité técnico científico previa solicitud y justificación del médico tratante, en este caso ningún médico adscrito al ISS solicitó la entrega de estos medicamentos.

FALLO: El Juez hace referencia al carácter de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud por conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana. Sin embargo a pesar de que los medicamentos solicitados por la accionante controlan con mayor eficacia su enfermedad y le permiten tener una mejor calidad de vida no es posible ordenar a la EPS su entrega ya que según la jurisprudencia constitucional los medicamentos excluidos del listado oficial requeridos por un paciente deben ser prescritos por un médico adscrito a la EPS, en caso contrario el paciente debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento. Sin embargo el Juzgado consideró que la paciente no puede quedar totalmente desprotegida ya que ello sería desconocer su derecho a la salud en conexidad con la vida, ello conllevaría a que la enfermedad se torne progresiva, razón por la cual se ordenó que el ISS realice una nueva valoración con médico especialista que determine los medicamentos y tratamientos que deban formularse a la paciente en aras de recuperar su salud, y en caso de que estos se encuentren por fuera del POS, la EPS debe suministrarlos con el derecho a recobrar los dineros invertidos ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2001-16

JUZGADO: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto – Sala de Decisión Penal

SOLICITUD: El accionante solicita la protección de su derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, ya que padece de una EPICONDILITIS BILATERAL que le ocasiona dolor intenso en los codos y no le permite el desenvolvimiento normal de su actividad personal y profesional, el médico tratante adscrito al ISS ordenó un tratamiento de resonancia magnética de 2 a 3 sesiones que únicamente se realiza en la ciudad de Bogotá, con un costo de un millón de pesos por sesión más los gastos de transporte y estadía en dicho lugar, tratamiento que fue negado por el ISS por no encontrarse en el listado oficial del POS. En primera instancia se negó la tutela por que según el a quo el paciente contaba con los recursos económicos necesarios para sufragar los costos del tratamiento y por que al tratarse de un tratamiento excluido del POS debió solicitarse su autorización ante el comité Técnico científico. Ésta decisión fue impugnada.

FALLO: En primer término se refiere la sala al criterio de conexidad que convierte en fundamental un derecho prestacional; en segundo lugar enuncia los requisitos para tutelar un medicamento o tratamiento excluido del POS expuestos por la Corte Constitucional en sentencia SU 480 de 1997, destacando que la solicitud de aprobación de un servicio no POS por parte del Comité Técnico científico debe hacerla la EPS y en ningún caso los usuarios del servicio. En relación con la capacidad económica del actor se prueba en el expediente que a pesar de percibir ingresos relativamente cómodos no son suficientes para cubrir los costos del tratamiento ya que el paciente debe cubrir los gastos de manutención y educación de su familia, por lo tanto ordena a la EPS del ISS que suministre el tratamiento requerido por el actor revocando la decisión del a quo. En lo que tiene que ver con el desplazamiento y estadía en la ciudad de Bogotá la Sala Penal del Tribunal niega el amparo citando la resolución 5261 de 1994 correspondiente al MAPIPOS que en su artículo 2 establece que cuando se trata de remisiones a otra ciudad los gastos de desplazamiento y estadía los cubre el paciente, salvo que sea un caso de urgencia o que el usuario se encuentre hospitalizado, situaciones en las que no se encuentra el accionante. Por último reconoce el derecho del ISS de recobrar ante el FOSYGA los dineros invertidos en el tratamiento no POS ordenado.

RADICACIÓN: 2004-062

JUZGADO: Primero Civil del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La protección de los derechos a la vida, salud y seguridad social de una paciente que necesita un tratamiento denominado terapia fotodinámica en el ojo izquierdo que solamente se realiza en la ciudad de Cali, puesto que padece de una enfermedad degenerativa en sus ojos, este tratamiento fue negado por el ISS por no encontrarse en el POS.

DEFENSA DE LA EPS: El ISS manifiesta que no está obligado a suministrar el tratamiento por que no está contemplado en el POS y solicita que en caso de conceder la tutela a la accionante se le permita el recobro ante el FOSYGA.

FALLO: El juez de conocimiento tuteló el derecho a la salud por encontrarse en conexidad con la vida, la dignidad humana y la integridad física y por que se trata de una paciente de la tercera edad que por sus condiciones se encuentra en estado de debilidad manifiesta, por lo tanto accedió a las pretensiones de la demandante en su totalidad.

RADICACIÓN: 2004-091

JUZGADO: Primero Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La accionante demanda el amparo de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud ya que el ISS se ha negado a suministrarle los medicamentos COZAAR Y NORVAS para tratar una grave enfermedad coronaria que padece, por que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

DEFENSA DE LA EPS: El gerente de la EPS ISS informa al Juzgado que la entidad no está obligada a suministrar dichos medicamentos por que no se encuentran incluidos en el listado oficial del POS, además que la demandante no ha realizado la solicitud de entrega de dichos medicamentos no POS ante el comité técnico científico dentro de las 72 horas de validez de una orden médica.

FALLO: Bajo los criterios de conexidad ampliamente expuestos por la Corte Constitucional, el juez de tutela ordena al ISS el suministro inmediato de los medicamentos para salvaguardar la vida y la integridad personal de la paciente ya que además cumple con los requisitos jurisprudenciales para tutelar medicamentos o tratamientos no POS. El juez también le reconoce a la EPS la posibilidad de recobrar los dineros al FOSYGA.

RADICACIÓN: 2004-00130

JUZGADO: Segundo Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: El actor solicita la tutela de sus derechos a la salud y seguridad social en conexidad con la vida, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, porque el ISS no le suministró los AUDÍFONOS ANÁLOGOS necesarios para continuar sus actividades normales ya que sufre de una discapacidad auditiva denominada HIPOACUSIA MIXTA y es una persona de la tercera edad, además no cuenta con los recursos económicos necesarios para asumir el costo de los audífonos.

DEFENSA DE LA EPS: Argumenta la entidad prestadora de salud ISS que al actor no se le ha vulnerado el derecho a la igualdad puesto que se le ha prestado el servicio de salud como a todos los afiliados a la EPS, el hecho de no suministrarle los audífonos no viola ningún derecho fundamental por que se está cumpliendo las normas del sistema de salud, en el listado oficial del POS no se encuentran los audífonos análogos por lo tanto no pueden ser entregados a cargo de la EPS.

FALLO: El actor al ser una persona de la tercera edad merece toda la protección por parte del Estado, el Juez de tutela cita jurisprudencia de la Corte Constitucional T-042 de 2001 en la que se afirma que el no suministrar audífonos a una persona de la tercera edad no pone en juego la vida en su sentido estricto sino la dignidad del individuo porque la carencia de dicho elemento no le permite realizar actividades que una persona en condiciones normales realizaría sin problemas. El juez tuteló los derechos a la salud y a la seguridad social basado en la conexidad con el derecho a la vida digna, además encontró probados los requisitos jurisprudenciales para tutelar un medicamento o tratamiento no POS explicados en los fallos anteriores, por lo que reconoció el derecho de la EPS ISS a recobrar lo invertido en el tratamiento al FOSYGA.

RADICACIÓN: 2004-00112

JUZGADO: Segundo Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La actora en calidad de representante legal de su hijo menor de edad demanda la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social del menor, ya que el niño sufre de PARÁLISIS MOTORA PRENATAL y necesita una remisión a la ciudad de Bogotá para realizarle un diagnóstico en junta interdisciplinaria de ortopedia y fisioterapia, estudio de marcha y valoración, que ha sido negada por el ISS por no encontrarse en el POS.

DEFENSA DE LA EPS: El Gerente del ISS manifiesta que la enfermedad del menor está inmersa en el artículo 15 del decreto 1938 de 1994 que establece que para las enfermedades crónicas degenerativas o traumáticas para las que no existen posibilidades de recuperación, se debe brindar soporte psicológico y terapia paliativa para el dolor; por lo tanto la enfermedad del menor no tiene posibilidades curativas y no es riesgosa ni urgente, en consecuencia el examen que solicita la madre del menor no está autorizado por el POS.

FALLO: Cuando se trata de menores de edad no es necesario establecer la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida ya que los derechos de los niños por mandato constitucional son fundamentales por lo tanto merecen protección inmediata. El negarse a brindarle al menor posibilidades de recuperación o de mejoramiento de la calidad de vida vulnera los principios del Estado Social de Derecho en cuanto a la dignidad humana; el Juez de tutela ordena realizar el examen al menor en la ciudad de Bogotá, sin embargo los gastos de desplazamiento debe asumirlos la madre del menor porque la remisión no se considera una urgencia para el sistema de salud. Se reconoce al ISS la facultad de recobrar los dineros al FOSYGA.

RADICACIÓN: 2004-049

JUZGADO: Quinto Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La protección de los derechos a la salud, educación y seguridad social en conexidad con los derechos a la vida y a la dignidad humana de una menor que padece RETARDO MENTAL Y PSICOMOTOR y requiere de un

tratamiento integral que consta de terapia ocupacional y psicológica, trabajo social, terapia de lenguaje y educación especial; tratamiento que fue negado por el ISS por estar por fuera del POS.

DEFENSA DE LA EPS: El ISS argumenta en su escrito de contestación de la demanda que le corresponde al Estado la atención básica en salud, las EPS solo pueden prestar los servicios incluidos en el Manual de Procedimientos e Intervenciones del POS, por lo tanto los servicios requeridos por la menor deben ser asumidos directamente por el Estado, debe entonces la accionante acudir al Departamento de Contratación de Servicios de Salud para obtener la autorización de llevar a la menor a la IPS donde se realizan los tratamientos de rehabilitación. En la tutela se vinculó al Instituto Departamental de Salud que afirmó en su escrito que es obligación del ISS prestar la atención requerida por la paciente porque las terapias que necesita se encuentran en el plan de beneficios del Régimen Contributivo.

FALLO: La decisión del Juez de tutela va encaminada al estado de debilidad manifiesta en que se encuentran los niños, más aún cuando son discapacitados ya que necesitan de protección integral y completa del Estado, todos los derechos de los niños son fundamentales porque van ligados íntimamente con el concepto de dignidad humana, por lo tanto no se puede negar el tratamiento a un niño discapacitado argumentado que no tiene obligación de hacerlo ya que las EPS representan al Estado y en virtud de ciertas obligaciones contractuales no se puede impedir el acceso a los servicios de salud de un menor. Se concede la tutela ordenando al ISS se suministre el tratamiento requerido por el menor, con posibilidad de que recobre al FOSYGA los servicios prestados por fuera del POS.

RADICACIÓN: 2004-0188

JUZGADO: Cuarto Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: Pretende el demandante se amparen sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la igualdad y a la tranquilidad puesto que el ISS se negó a realizar los exámenes de Proteína S y C y corrección de TIP necesarios para una intervención quirúrgica de Varices en los miembros inferiores y descartar un síndrome antifosfolípido, porque se encuentran por fuera del POS. El actor afirma no contar con el dinero para sufragar los costos de los exámenes.

DEFENSA DE LA EPS: La EPS ISS informa en su escrito al juzgado que no puede autorizar los exámenes porque se encuentran excluidos del POS y solicita que si el fallo es adverso a sus intereses se permita el recobro al FOSYGA.

FALLO: El Juez de tutela evalúa los criterios de conexidad del derecho a la salud y a la seguridad social con la vida y la dignidad humana, también analiza los requisitos jurisprudenciales de la sentencia T-480 de 1997 para tutelar medicamentos o tratamientos no POS y los encuentra ajustados al caso concreto, razón por la cual ordena al ISS realizar los exámenes requeridos por el paciente y que se le brinde el tratamiento necesario de acuerdo a los resultados que arrojen dichos exámenes médicos, y le reconoce al ISS el derecho de recobro ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2004-338

JUZGADO: Segundo de Menores del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La accionante solicita se tutele su derecho a la salud en conexidad con la vida ya que el ISS no le autoriza la realización de un procedimiento quirúrgico denominado QUERATOTOMIA FOTOREFRACTIVA CON EXIMER LASER EN LOS OJOS cuyo costo asciende a \$3.400.000, suma que la accionante no puede pagar puesto que es estudiante y no tiene ingresos. La cirugía es necesaria para corregir la MIOPIA Y ASTIGMATISMO que padece.

DEFENSA DE LA EPS: El Gerente del ISS señala que el diagnóstico de miopía y astigmatismo de la accionante no se encuentra en el POS, razón por la cual la EPS no puede realizar la cirugía requerida, además afirma que existe otro tratamiento a dicha afección como es el uso de lentes que si están dentro del POS, por tanto considera que no se está vulnerando los derechos de la paciente. Medicina Legal informó que en la historia clínica solamente está el diagnóstico de un optómetra quién solicita después de adaptar lentes correctivos una remisión a oftalmología para practicar una cirugía refractiva. Para emitir un concepto definitivo se requiere la valoración de un oftalmólogo quién decida que tratamiento es el conveniente, sin embargo afirma el instituto de medicina legal que ese defecto ocular puede ser corregido con lentes.

FALLO: El Juez concede la tutela a la accionante bajo los criterios de conexidad con el derecho a la vida, en su concepto el no permitir la realización de la cirugía a la paciente afecta su calidad de vida por lo tanto la EPS debe suministrar lo necesario para la mejoría de la señora, la EPS como ente prestador de un servicio público debe propender por la mejoría y no por el agravamiento de la salud de uno de sus afiliados. Reconoce en su parte resolutive el derecho de la EPS al recobro ante el FOSYGA de los dineros invertidos en este tratamiento no POS.

RADICACIÓN: 2004-030

JUZGADO: Primero Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La protección de los derechos a la vida, dignidad humana, salud e integridad física y moral de una paciente del ISS que sufre cáncer de tiroides con metástasis pulmonar y requiere de la práctica de unos exámenes denominados RASTREO DE METÁSTASIS, TIROGLOBULINA, VALORACIÓN REUMATOLÓGICA Y RADIOGRAFÍA DE TORAX LATERAL y de un medicamento llamado TIIROXIN, que fueron negados por el ISS por no encontrarse en el POS.

DEFENSA DE LA EPS: La EPS ISS afirma que no está poniendo en riesgo la vida de la paciente porque le está brindando el tratamiento prescrito por su médico, la demora en la realización de los exámenes y la entrega de la droga se debe a inconvenientes de índole administrativo con las IPS encargadas de prestar estos servicios, problema ya solucionado. Cabe aclarar que la EPS no puede cumplir con la toma del examen TIROGLOBULINA por no encontrarse en el listado oficial de medicamentos y procedimientos del POS.

FALLO: El Juez concede la tutela de los derechos fundamentales de la accionante bajo los criterios de conexidad ampliamente expuestos por la Corte Constitucional, además advierte que el derecho a la vida comporta la existencia en condiciones de dignidad que permitan a la persona vivir libre de dolencias, el dolor que aqueja a la accionante le impide realizar sus actividades diarias y además ocasiona que su enfermedad progrese y se ponga en peligro su vida, ninguna situación administrativa puede dilatar la prestación de los servicios de salud que requiere un individuo más aún cuando la persona que necesite el servicio padezca una enfermedad terminal. Ahora bien en cuanto al examen que debe realizársele a la paciente que esta por fuera del POS la EPS debe autorizarlo y puede repetir contra el FOSYGA para que se le reembolse lo invertido puesto que se cumplen los requisitos jurisprudenciales de la sentencia SU 480 de 1997.

RADICACIÓN: 2004-225

JUZGADO: Primero Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La actora considera que el ISS le ha vulnerado los derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con los derechos a la vida, la integridad física, la dignidad humana y la especial protección de personas que se encuentran el estado de debilidad manifiesta, ya que no le ha suministrado los medicamentos necesarios para su recuperación postoperatoria denominados BARRERAS Y BOLSAS DE COLOSTOMÍA que tienen un costo de \$15.000 semanales, los cuales no puede pagar.

DEFENSA DE LA EPS: El representante legal de la EPS ISS informó al juzgado que no puede autorizar el suministro de lo requerido por la usuaria del servicio porque no se encuentra en el listado oficial de medicamentos y procedimientos del POS, sin embargo que los demás medicamentos que la paciente a necesitado para su curación se han entregado oportunamente.

FALLO: En esta sentencia se incluyen varios apartes de la SU- 480 de 1997 los que se refieren a criterios de conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana, también se expuso lo relacionado con el principio de solidaridad del sistema de salud en razón a que el FOSYGA es el encargado de cubrir los costos en que la EPS incurra por la prestación de servicios NO POS, se refirió el Juez a los requisitos para tutelar medicamentos por fuera del listado oficial resaltando la incapacidad económica de la paciente en el caso concreto, razón por la cual ordenó al ISS la entrega de los medicamentos que la usuaria necesita, permitiendo su recobro ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2004-0276

JUZGADO: Segundo Civil del Circuito de Pasto

SOLICITUD: El actor solicita el amparo de su derecho a la salud en conexidad con la vida, ya que el ISS no le ha suministrado las BOLSAS Y BARRERAS DE COLOSTOMIA necesarias para un tratamiento postoperatorio, por que no están incluidas en el listado oficial del POS y el accionante no cuenta con los recursos económicos para costearlas.

DEFENSA DE LA EPS: Según la entidad accionada no se puede suministrar las bolsas y barreras de colostomía porque están excluidas del POS.

FALLO: El juzgado segundo civil del circuito concede la tutela al accionante después de analizar que en el caso concreto se cumplen los requisitos expuestos por la Corte Constitucional en sentencia SU-480 de 1997 para tutelar medicamentos o procedimientos no POS, en la presente sentencia también se dice que es un desconocimiento del Estado Social de Derecho que cada paciente tenga que interponer tutela para que la EPS proceda al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de una patología específica.; en consecuencia se ordena al ISS la entrega de los medicamentos y se reconoce su derecho de recobro ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2004-0049

JUZGADO: Cuarto Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La protección de los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad, salud, integridad física y moral y a la seguridad social de una menor que requiere de un examen denominado ALERGENOST RAST para determinar la causa y el tratamiento a seguir para la alergia DERMATOFAGOYDES PTERONYSSINUS y de los medicamentos RANITIDINA Y ACEITE MINERAL, que fueron negados por la EPS ISS por no encontrarse en el Manual de Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud. Se solicita la realización del examen y el suministro de los medicamentos y tratamientos necesarios para la cura de la enfermedad padecida por la menor así como los pasajes en avión que se requieran para el desplazamiento a la ciudad de Cali de la niña y su madre, ya que solo en ese lugar se realiza dicho examen.

DEFENSA DE LA EPS: El ISS informó al juzgado que no puede autorizar lo requerido por la accionante porque según el médico tratante la enfermedad de la menor ya fue diagnosticada por lo tanto no necesita la realización de un examen para determinarla y no es una patología de carácter urgente que comprometa el derecho a la vida de la paciente, además el examen requerido no se encuentra en el POS y tanto éste como los medicamentos solicitados fueron prescritos por un galeno adscrito al ISS diferente al médico tratante.

FALLO: Se concede el amparo demandado por la madre de la menor teniendo en cuenta que el derecho a la salud de los niños tiene rango fundamental aunque no este en conexidad con el derecho a la vida, ya que los menores se encuentran en estado de debilidad manifiesta y merecen especial protección del Estado, el Juez de tutela manifiesta que el hecho de que no haya sido el médico tratante quien prescribió el examen y la droga NO POS que solicita la paciente no puede llevar a negar la tutela, puesto que existe contradicción entre los galenos adscritos al ISS, por lo tanto se debe tomar el camino que garantice de mejor manera el derecho a la salud de la menor, también se reconoce en esta providencia el derecho que le asiste a la EPS ISS de recobrar los dineros gastados en procedimientos y medicamentos no POS ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2004-071

JUZGADO: Quinto Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: La peticionaria actúa en representación de su hijo quien padece de RETARDO MENTAL MODERADO Y EPILEPSIA PARCIAL SIMPLE y necesita de un tratamiento interdisciplinario que consta de terapia de lenguaje, terapia ocupacional, psicología y educación especial; dicho tratamiento no fue autorizado porque según la accionante la EPS ISS para suministrarlo necesita de orden judicial. La demandante considera que la actitud del ISS viola los derechos fundamentales de su hijo a la salud, educación y a la seguridad social.

DEFENSA DE LA EPS: El representante legal del ISS en su escrito de contestación manifestó que las terapias que solicita la madre del menor están cubiertas por el POS y la EPS ISS debe suministrarlas a excepción de la educación especial que no se encuentra en el listado oficial del Plan Obligatorio de Salud.

FALLO: Por las circunstancias de debilidad en las que se encuentra el menor en cuanto a su discapacidad mental y a la precaria situación económica de su madre y teniendo en cuenta que los derechos de los niños son fundamentales por mandato constitucional, el Juez de tutela concede el amparo ordenando al ISS que en el término de cuarenta y ocho horas se suministre el tratamiento integral al menor incluyendo la educación especial y demás tratamientos, cirugías y medicamentos que él requiera para su rehabilitación, reconociéndole a la EPS ISS la facultad de recobrar los dineros invertidos en los tratamientos no POS ante el FOSYGA.

RADICACIÓN: 2004-00172

JUZGADO: Cuarto Civil del Circuito de Pasto

SOLICITUD: Invoca el accionante la protección de los derechos fundamentales a la vida en conexión con el derecho a la salud y a la seguridad social que considera vulnerados con la actitud omisiva del ISS ya que se niega a la práctica del treinta por ciento de la embolización cerebral que requiere para completar el tratamiento de un hematoma intracerebral que padece, por que la cirugía se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud.

DEFENSA DE LA EPS: La EPS ISS manifiesta que el procedimiento denominado EMBOLIZACIÓN CEREBRAL quedó excluido del POS en virtud del acuerdo 312 del 24 de febrero de 2004, razón por la cual el ISS no puede autorizarlo.

FALLO: Bajo el criterio de conexidad de los derechos a la salud y a la seguridad social con el derecho a la vida expuesto en innumerables sentencias por la H. Corte Constitucional, el Juez de tutela concedió el amparo al accionante ya que en su criterio no se puede dejar incompleto el tratamiento al paciente, porque antes de excluir dicho procedimiento del POS se le había realizado el setenta por ciento de la embolización cerebral, además teniendo en cuenta los requisitos para tutelar tratamientos, medicamentos y procedimientos no POS en el caso concreto se encuentran probados porque no existe otro tratamiento en el POS que sustituya el

solicitado, fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, se encuentra en peligro de afectación el derecho a la vida del peticionario y se demostró en el expediente que no cuenta con los recursos económicos necesarios para costearlo. El Juez de tutela señala en este fallo que el principio de solidaridad del sistema de seguridad social en salud permite que el FOSYGA corra con los gastos de un tratamiento excluido de los servicios que por ley deben prestar las EPS, por lo tanto ordena al ISS que realice la embolización cerebral al paciente y le permite recobrar los dineros ante el FOSYGA.

SE NIEGA LA TUTELA:

RADICACIÓN: 2004-162

JUZGADO: Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto

SOLICITUD: El accionante pretende con esta tutela que se le amparen los derechos fundamentales de petición, igualdad, vida digna y derecho a la salud, ya que el ISS le negó el suministro de una prótesis dental funcional con corona de metal porcelana prescrita por un odontólogo particular.

DEFENSA DE LA EPS: El Gerente del ISS manifestó en la contestación de la acción de tutela que la EPS no puede autorizar el suministro de la prótesis solicitada por el demandante por que fue prescrita por un galeno no adscrito al ISS y además que dicho instrumento se encuentra excluido del POS.

FALLO: Se niega la tutela de los derechos fundamentales del actor puesto que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales de las sentencias SU 480 de 1997 y SU 819 de 1999 referentes a la capacidad económica del paciente y a la prescripción de un medicamento no POS únicamente por parte de un profesional adscrito a la EPS. En el presente caso el paciente desconoció el conducto regular para acceder a un servicio de su EPS por lo tanto ordenar que ésta asuma los costos de un procedimiento no POS en estas condiciones equivaldría a prohijar la anarquía en el sistema de seguridad social en salud. No existe entonces afectación de los derechos del accionante cuando es él mismo quien rompe el conducto regular establecido en la ley para acceder a la prestación del servicio de salud.

TUTELAS CONTRA SALUDVIDA EPS

RADICACIÓN: 2003-153

JUEZ: Segundo Civil Municipal

SOLICITUD: El paciente requiere que se le practique el tratamiento ANGIOPLASTIA Y STENT porque padece de insuficiencia renal crónica Si no se lleva a cabo este procedimiento considera que se vulneran sus derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida digna.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): El tratamiento que se solicita no está contemplado en el listado oficial, por el cual se rige esta entidad para prestar los servicios de salud pertinentes. Se debe tener en cuenta que el Sistema de

Seguridad Social en Salud tiene límites. Tales restricciones se han consagrado, para garantizar el cubrimiento progresivo de las contingencias de la población.

FALLO: Si no se proporciona el tratamiento que el paciente requiere, se pone en entredicho su derecho a gozar de una vida a plenitud, es decir en condiciones dignas. Por ello, se amparan sus derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida. Se declara que la entidad accionada queda facultada para repetir contra el FOSYGA.

TUTELAS CONTRA SOLSALUD EPS

RADICACIÓN: 2005-385

JUEZ: Primero Civil Municipal de Pasto

SOLICITUD: Una paciente que padece un síndrome auto-inmunitario requiere de los medicamentos PLAQUINOL, BISOLVON, SALAGEN, GENTEAL, SYSTAINÉ, ALTRACINE-A, no contemplados en el POS. Se apoya en los derechos a la salud y a la vida.

DEFENSA DEL DEMANDADO (S): Según el concepto del médico tratante la enfermedad de la paciente no es grave, no compromete su vida, sus padecimientos se pueden aliviar con medidas elementales. Si no pelagra tal derecho fundamental no debe obligarse a la EPS a suministrar los medicamentos que se pretenden, los cuales tienen un alto costo y no están contemplados en el POS.

FALLO: Se apoya en la acepción amplia del derecho a la vida, es decir una vida saludable y digna, aplica las reglas planteadas a partir de la sentencia SU –480/97 para obligar al suministro de medicamentos y tratamientos NO POS y determina que en el caso concreto se cumplen, desembocando en una decisión favorable a la peticionaria. Autoriza a la EPS para adelantar la acción de repetición contra el FOSYGA.

Con fundamento en la tesis manejada por los jueces locales, la posición de las EPS, y los fallos de tutela de muestra, que preceden, se extractan las siguientes conclusiones cualitativas y cuantitativas, que servirán de soporte para plantear las alternativas de solución pertinentes, frente al problema jurídico, que ha sido motivo de examen de esta investigación:

Los jueces, desde una perspectiva general, han abanderado las siguientes posiciones, en torno a la acción de tutela, en materia de protección de derechos prestacionales, para el sub lite, la salud y la seguridad social, con amparo en el principio de conexidad:

1. La acción de tutela es un mecanismo idóneo, en lo que compete a la protección de derechos fundamentales, y de las garantías que adquieren tal carácter a partir, de su íntima relación con derechos que desde antaño, han sido

considerados como prioritarios. Bajo estas premisas, no es necesaria su reforma.

2. Para proferir fallos de tutela, favorables a quienes reclaman la protección de derechos prestacionales, verbigracia el derecho a la salud y a la seguridad social, los jueces no son arbitrarios, sino que se apoyan en los criterios jurisprudenciales, ya consolidados, como el principio de conexidad o la protección reforzada de derechos de índole constitucional que tienen una relación estrecha con el desarrollo del ser humano, en condiciones de dignidad y la materialización de los presupuestos axiológicos, consagrados por la Constitución Política Nacional, como pilares esenciales del Estado Social de Derecho.

Específicamente, en lo que a la tutela de medicamentos, tratamientos y procedimientos NO POS-C, corresponde, señalan los jueces:

1. Los fallos de tal tipo, en su mayoría favorables, no obedecen a criterios arbitrarios o indeterminados, pues, para proferirlos se examinan las circunstancias de cada caso en particular, definiéndose, entre otros aspectos esenciales:
 - A) Si existen los presupuestos fácticos suficientes, para deducir que los derechos a la vida digna o a la integridad física, del accionante o de la persona en cuyo nombre actúe, se están vulnerando o poniéndose en inminente peligro, a partir de la violación misma del derecho a la salud, con la renuencia de una entidad determinada, a prestar un servicio excluido del listado oficial.
 - B) Si se cumplen en el caso que se examina, las subreglas que la Corte Constitucional, ha establecido a partir de la sentencia SU-480 de 1997, con miras a tutelar el suministro de servicios NO POS, entre ellas que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS; que ese procedimiento no pueda ser sustituido por otro, de los que si se encuentren contemplados en el POS; que el paciente, que requiere el suministro del medicamento, tratamiento o procedimiento, no tenga la suficiente capacidad de pago para solventarlo, y que con su negativa se vulneren prerrogativas fundamentales.
2. Para determinar si estos aspectos, se cumplen en cada caso, se realiza un examen minucioso de los medios de convicción, que se alleguen al proceso, por ejemplo, la historia clínica del paciente, los conceptos médicos pertinentes, prueba de la capacidad de pago del accionante, entre otros.

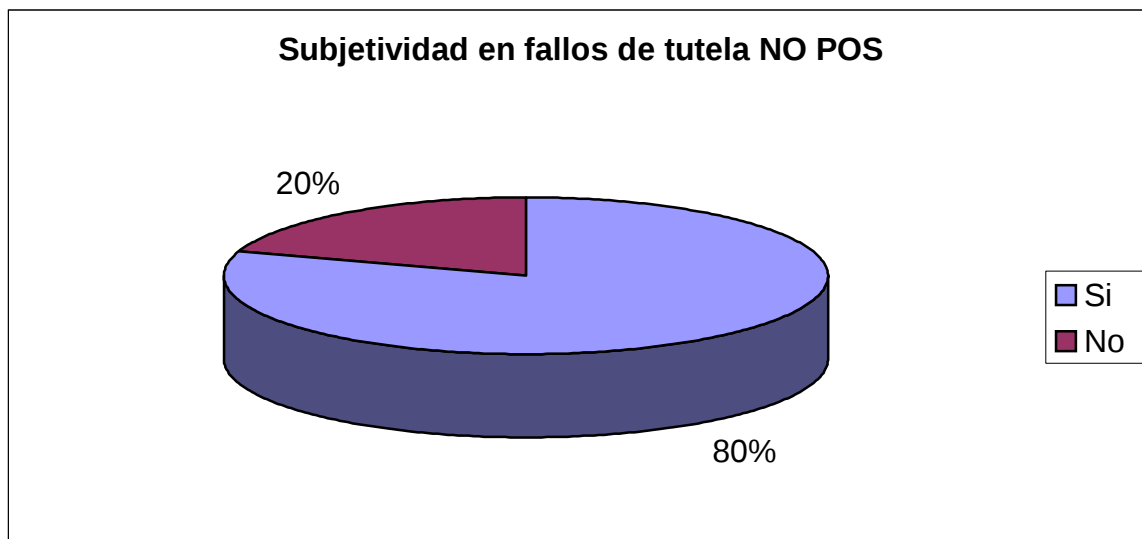
3. Se garantiza el equilibrio financiero a las EPS, porque se les autoriza para adelantar la acción de recobro ante el FOSYGA, con el objeto de recuperar los recursos que inviertan, al solventar el suministro de los servicios NO POS-C.

Sin embargo, las EPS que fueron objeto de esta investigación, refutaron varios de estos argumentos, como se muestra en el informe estadístico, que a continuación se expone:

GRAFICO I.

Si existe subjetividad o indeterminación en los fallos de tutela NO POS-C.

Si	80%
No	20%

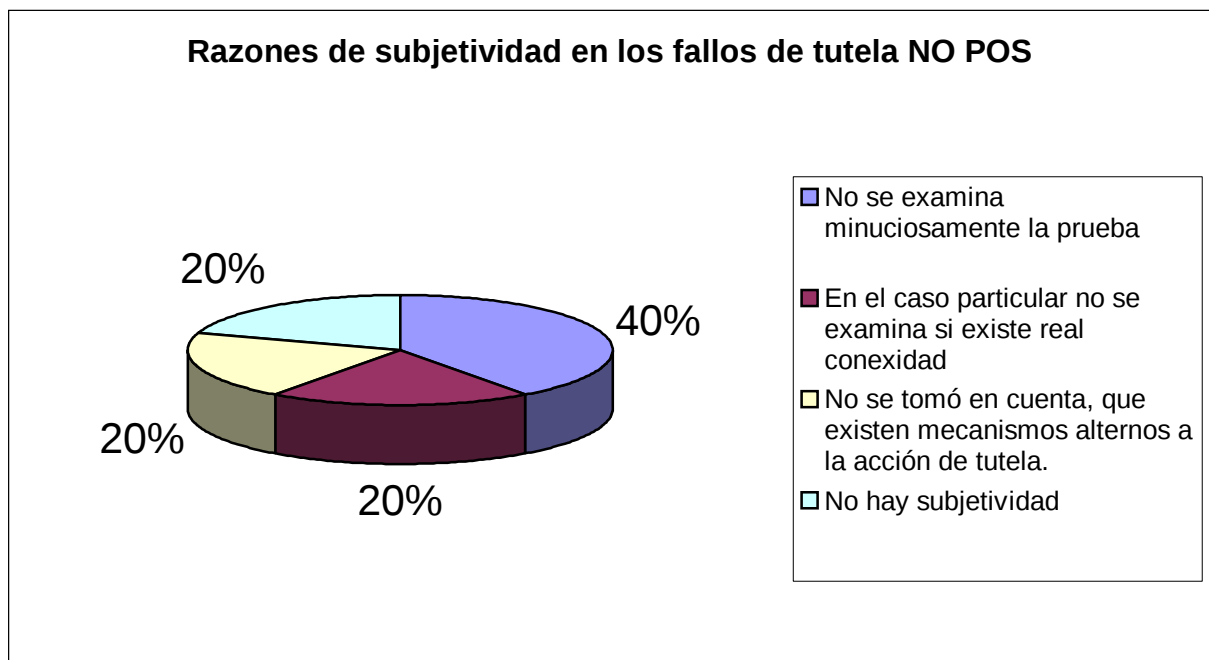


La subjetividad o indeterminación en los fallos de tutela NO POS, que aducen las EPS, se refieren básicamente, a que los argumentos de los jueces para proferir fallos favorables al accionante, se contraen a hacer una sustentación jurídica abstracta, sin examinar los soportes fácticos que emergen del caso en concreto. En este sentido, manifiestan las EPS que detectan tal falencia en las sentencias de amparo, que se hace un análisis de índole filosófica del factor conexidad, para aplicarlo a la situación del actor, sin evaluarse de forma concienzuda, si a él se le vulnera realmente su derecho a la vida, o si tal garantía se pone en peligro con la negativa, por parte de la entidad, de proporcionarle un tratamiento, medicamento o procedimiento, que no está comprendido dentro de sus obligaciones, pues no lo contempla el Plan Obligatorio de Salud. Señalan adicionalmente, que no se toma en cuenta la historia clínica del paciente, ni los conceptos médicos que se emiten,

respecto de si el servicio solicitado es o no indispensable en el tratamiento del paciente, o si por el contrario, puede ser sustituido por otro que si lo incluya el listado oficial. Por otra parte, en casos de menores de edad o de adultos mayores, los jueces se limitan a estudiar el carácter fundamental de sus derechos, sin adentrarse en el análisis que se expone frente a las pruebas y dictámenes médicos allegadas al proceso, que también es necesario, en aras de tomar una decisión equitativa, tanto para el paciente como para la EPS.

**GRAFICO II.
Razones por las cuales se aduce tal falta de objetividad.**

No se examina minuciosamente la prueba	40%
En el caso particular no se examina si existe real conexidad	20%
No se tomó en cuenta, que existen mecanismos alternos a la acción de tutela.	20%
No hay subjetividad	20%



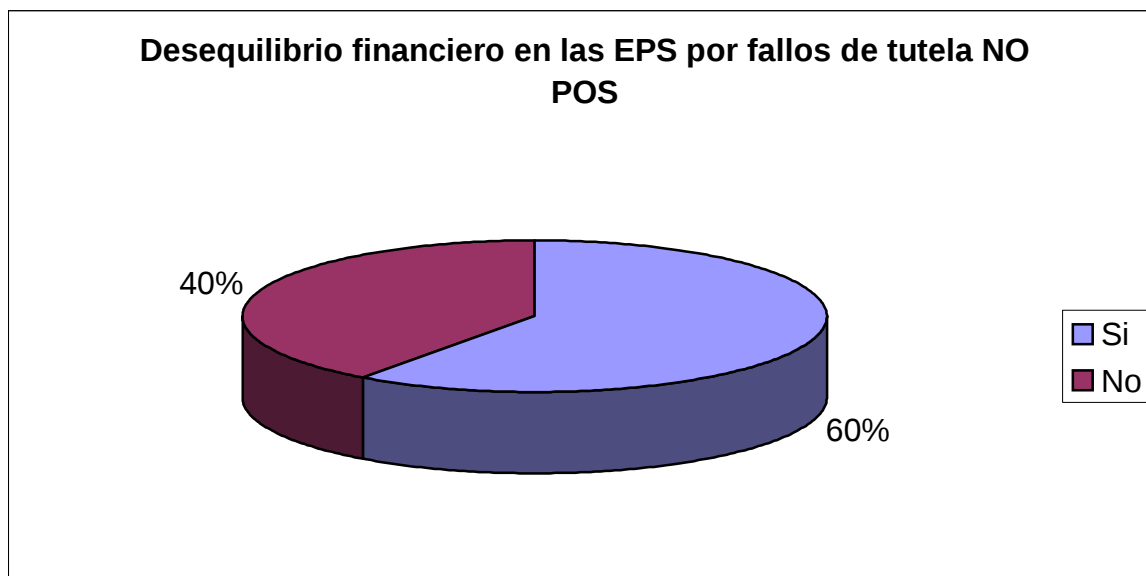
En este acápite, derivado del anterior, se exponen las principales causas, en las que las EPS, sustentan su posición en lo que concierne a la subjetividad de los fallos de tutela NO POS-C. Se reitera, la falta de un examen minucioso de los medios de convicción allegados al proceso, siguiéndole en orden la indeterminación frente a la aplicación del factor conexidad en un caso concreto, y el no tomarse en cuenta, que aparte de la acción de tutela, existen otros

mecanismos para hacer efectiva la entrega de medicamentos o tratamientos NO POS, verbigracia la autorización que en la materia, le está encomendada al Comité Técnico Científico, quien tiene la obligación de recaudar los dictámenes médicos que considere pertinentes, para emitir la precitada autorización. Sin embargo, es del caso aclarar que respecto de las funciones que tiene este comité, no existe una información amplia entre los usuarios y beneficiarios del servicio de salud. Algunos jueces manifiestan que tal trámite le compete a la EPS y no al usuario.

Finalmente, el ISS, manifiesta que no hay subjetividad en los fallos, en razón de que los jueces se apoyan en la historia clínica del paciente, y en conceptos jurisprudenciales que ya han hecho carrera en el ámbito jurídico nacional, como el principio de conexidad, con miras a proferir los fallos correspondientes. Empero, formula una objeción a los mismos, señalando que es preciso aplicar estos criterios en todas las decisiones, de forma obligatoria, creando pautas de decisión.

GRAFICO III.
Si la acción de tutela causa desequilibrios financieros para la EPS.

Si	60%
No	40%



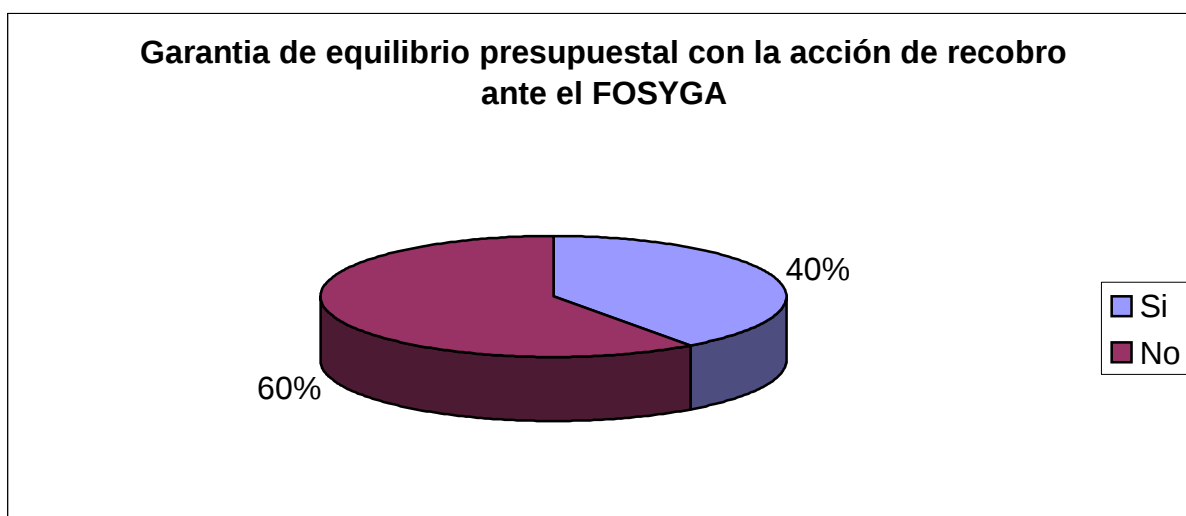
La mayoría de EPSs, destacan que las acciones de tutela del tipo NO POS, acarrear traumatismos presupuestales, en razón de que la entidad se ve en la obligación, de solventar gastos que no tenía previstos. El suministrar medicamentos, tratamientos o procedimientos, por fuera del POS, no está contemplado en su plan de servicios, no es un deber que la ley le ha impuesto.

No obstante, como se verá más adelante no es la acción de tutela NO POS, la causa última del problema que se genera en torno a la proporción de servicios excluidos del listado oficial, sino que, ante todo los traumatismos financieros, vienen causados por otras falencias del SGSSS, entre ellos una inadecuada acción de recobro, supeditada a trámites excesivos y a un demorado procedimiento, que implica la pérdida del valor adquisitivo de los recursos que se desembolsan, a favor de las EPS, generando para éstas graves trastornos de índole económica, pues los valores invertidos son mayores a los recuperados.

GRAFICO IV

Si se garantiza el equilibrio financiero, para la EPS, con la acción de recobro ante el FOSYGA.

Si	40%
No	60%

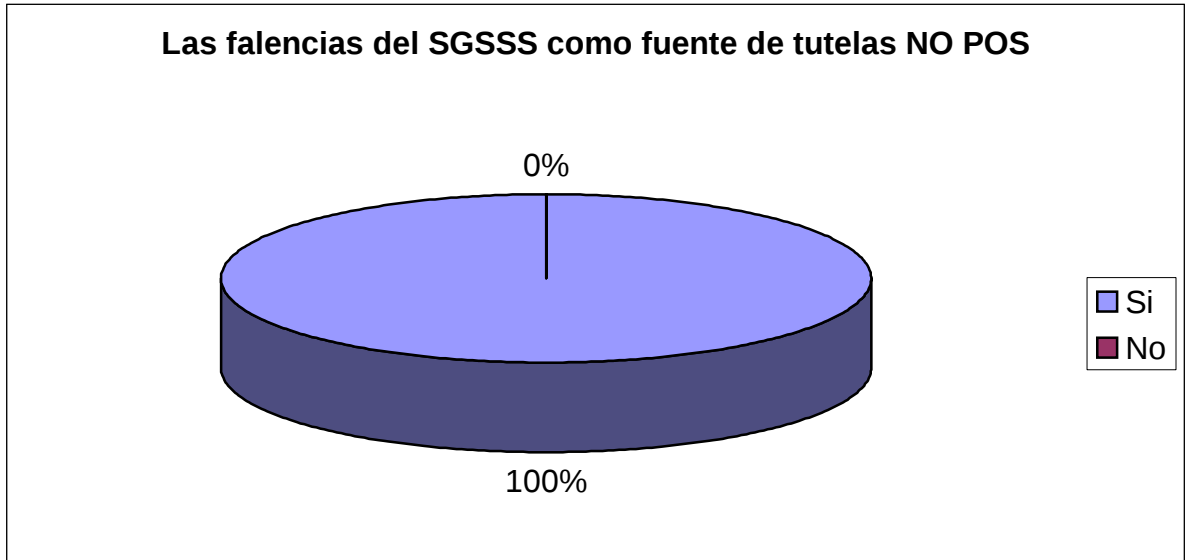


Las EPS encuestadas, en su mayoría, señalan que el recobro ante el FOSYGA, no es garantía de equilibrio presupuestal. Aducen, que tal equilibrio solo se obtendría en virtud de la inmediatez en el reintegro de los recursos invertidos, pero contrario sensu, el FOSYGA se tarda demasiado tiempo en efectuar el desembolso, es decir, se hace el reintegro cuando la cantidad gastada en el suministro de servicios NO POS, ya no ostenta el mismo valor.

GRAFICO V.

Si el fallo de tutela NO POS, es producto de las falencias del sistema de seguridad social en salud.

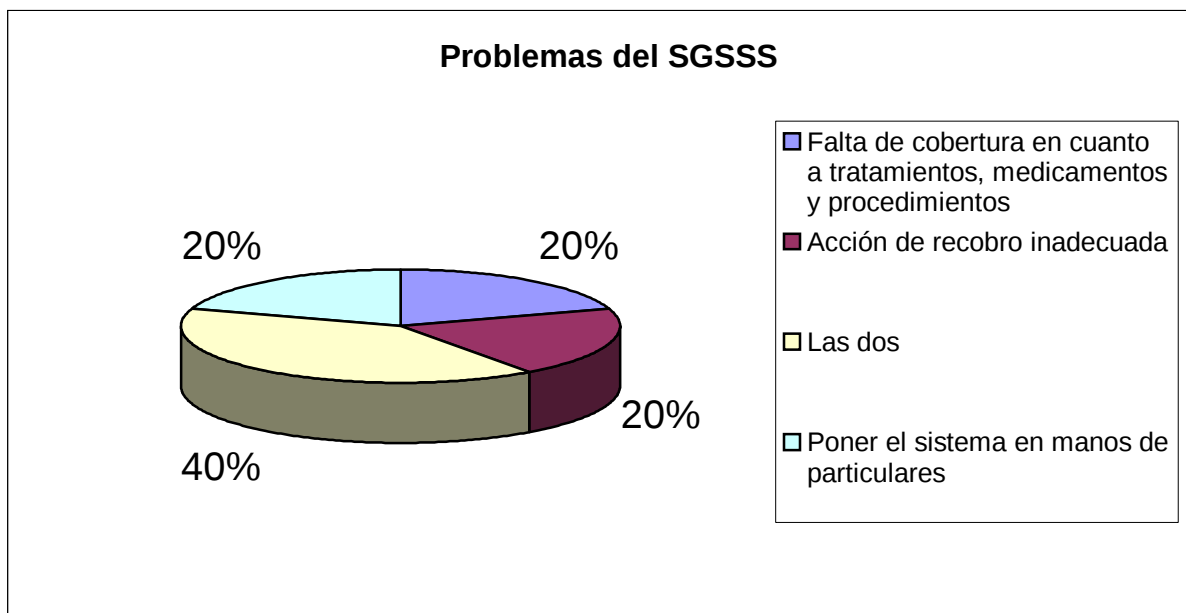
Si	100%
No	0%



Con este resultado estadístico se corrobora la tesis, expuesta en anteriores acápite, de que si bien la acción de tutela es la causa inmediata de los traumatismos financieros que experimentan las EPS, al suministrar servicios de tipo NO POS, lo que no está contemplado en sus obligaciones, concurren otras causas de mayor profundidad que hacen más gravosa la situación. Estas se especifican a continuación.

GRAFICO VI.
Los principales problemas del sistema de seguridad social en salud.

Falta de cobertura en cuanto a tratamientos, medicamentos y procedimientos	20%
Acción de recobro inadecuada	20%
Las dos	40%
Poner el sistema en manos de particulares	20%



Las causas que se citan con mayor frecuencia son:

1. La falta de inmediatez en la devolución de los recursos que la EPS, invierte para solventar el suministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos no contemplados en el listado oficial, por parte del FOSYGA. Señalan las EPS, que ningún ejercicio de tipo económico soporta esta situación.
2. El SGSSS, tiene una cobertura precaria en cuanto a los servicios que se prestan, y este problema se profundiza aún más, con el paso del tiempo, pues en el campo de la medicina, continuamente se están patentando nuevos tratamientos, o nuevos medicamentos, de mayor efectividad en el control y prevención de enfermedades. Estos procedimientos, quedan excluidos del POS, pues la legislación está de por sí aletargada, si se considera el avance vertiginoso de la ciencia. Las personas, en consecuencia, acudirán a la acción de tutela, mecanismo generalizado, para la obtención de los servicios que no se incluyen en el listado reglamentario.

En una menor proporción se aduce como causa de la problemática, que se investiga, el que una función que en esencia le corresponde al Estado se haya puesto en manos de particulares, lo que implica, según la entidad que la expone,

que la prestación de los servicios de salud, se ha convertido en un negocio, que las EPS niegan incluso servicios que se contemplan en el listado reglamentario, pues están respaldadas económicamente por el mismo ente estatal, quien destina rubros para solventar gastos derivados de la ejecución de fallos de tutela POS y NO POS.

Las entidades que por el contrario, y en menor proporción, manifiestan que las EPS no experimentan traumatismos financieros al ejecutar los fallos de tutela, objeto de esta investigación, señalan que la acción de recobro ante el FOSYGA, con el reembolso de los recursos invertidos, garantizan para la entidad, el tan mentado equilibrio presupuestal; otros, aducen que el traumatismo financiero no se genera en la EPS, sino en el sistema considerado en su generalidad, dado que per se, los recursos que se destinan para respaldarlo, son limitados, y que su tope no es muy alto, si se toma en cuenta, la crisis económica que aqueja al país.

GRAFICO VII.

La acción de tutela debe ser reformada o restringida en su aplicación.

Si	40%
No	60%



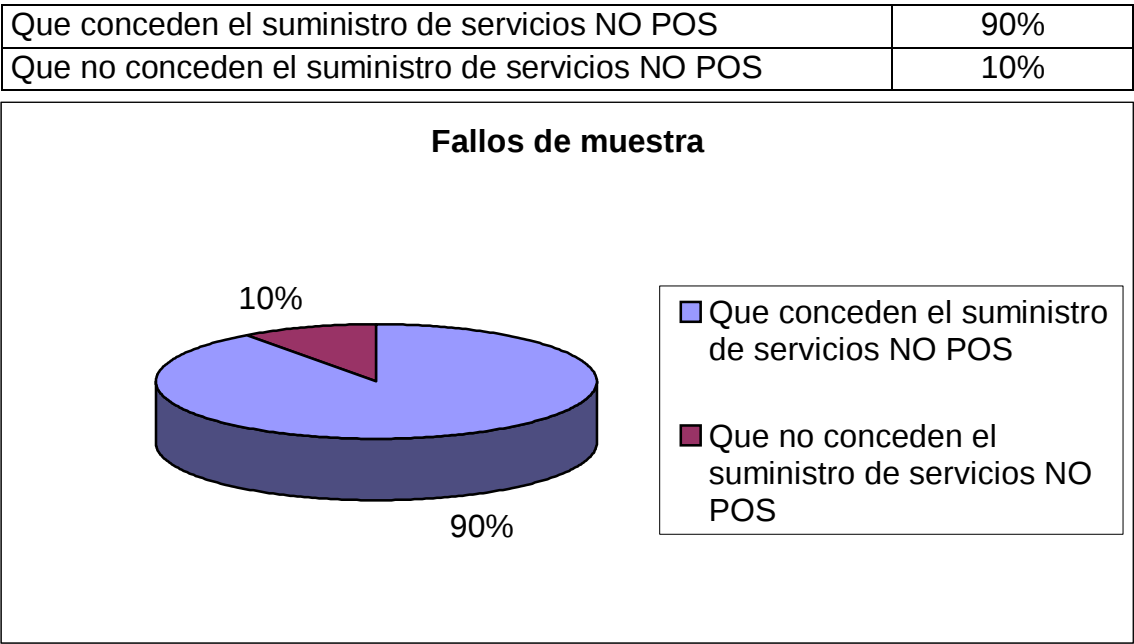
Corolario de la tesis que se expuso, respecto de que los fallos de tutela NO POS, son el producto de profundas falencias en el SGSSS, es el resultado que se obtuvo frente a la reforma de la acción de tutela. La mayoría de encuestados, señala que no está de acuerdo con un replanteamiento sustancial de la solicitud de amparo. Consideran que es suficiente con subsanar algunos defectos de índole procedimental, que le son propios. Bajo este entendido, señalan que es necesario incrementar el análisis minucioso de pruebas, para efectos de proferir los correspondientes fallos. Quienes, en desacuerdo con lo anterior, aducen que la tutela, debe reformarse enfatizan, en que la misma ha transmutado su naturaleza excepcional, en un mecanismo de uso generalizado, y que los jueces, al momento

de fallar no evalúan las circunstancias de la situación particular, puesta a su conocimiento, sino que en un ejercicio puramente mecánico, se limitan a exponer conceptos genéricos de índole jurídica, para posteriormente entrar a fallar, sin ningún otro sustento.

En definitiva, quienes consideran que los fallos de tutela, en especial los de tipo NO POS, deben subsanar únicamente falencias de índole procedimental, y quienes manifiestan que la acción de tutela debe reformarse, enfatizan en el mismo punto: la evaluación profunda que debe realizar el juzgador, de las circunstancias fácticas, que rodean a quien invoca la protección de sus derechos, para determinar si en su caso son aplicables criterios como la conexidad, o si se cumplen los requisitos para conceder el suministro de servicios NO POS, expuestos por la Corte Constitucional, a partir de la sentencia hito en esta materia, la SU-480 de 1997. Así mismo, los dos grupos de encuestados comparten, los criterios antes expuestos, respecto de las falencias que se predicen del SGSSS. Estos dos aspectos, tan relevantes para esta investigación, serán tenidos en cuenta, en posteriores capítulos, con miras a formular las alternativas de solución, frente a la problemática planteada.

Ahora bien, examinados los fallos de tutela NO POS, extractados como muestra, de los archivos de cada una de las EPS precitadas, se establecen las siguientes conclusiones:

GRAFICO VIII.
Fallos de muestra

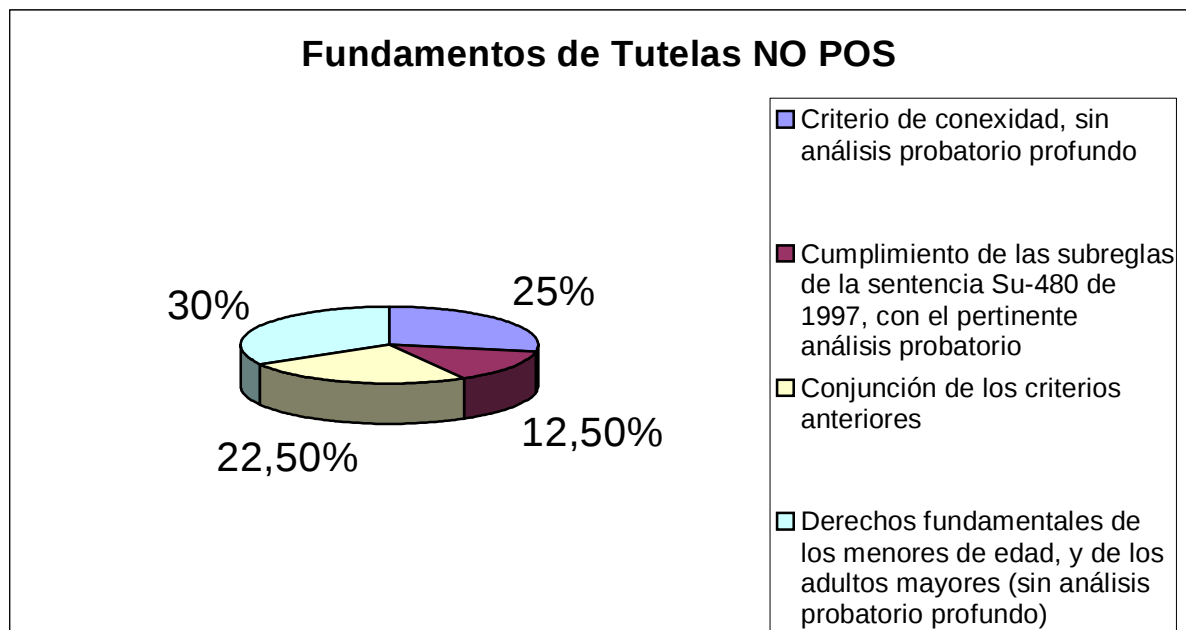


La mayoría de fallos de muestra como puede observarse, son favorables al accionante que reclama el suministro de medicamentos, procedimientos y tratamientos NO POS. Esto es lo que acontece, desde una perspectiva macro: los fallos de tutela en el área, tienden a ser favorables a la persona que los interpone, acogiendo el juez criterios de conexidad, protección reforzada de derechos fundamentales, desarrollo digno de la persona, entre otros, que conducen a una decisión favorable.

GRAFICO IX.

Fundamentos de los fallos que conceden el suministro de servicios NO POS

Criterio de conexidad, sin análisis probatorio profundo	25%
Cumplimiento de las subreglas de la sentencia SU-480 de 1997, con el pertinente análisis probatorio	12,5%
Conjunción de los criterios anteriores	22,5%
Derechos fundamentales de los menores de edad, y de los adultos mayores (sin análisis probatorio profundo)	30%



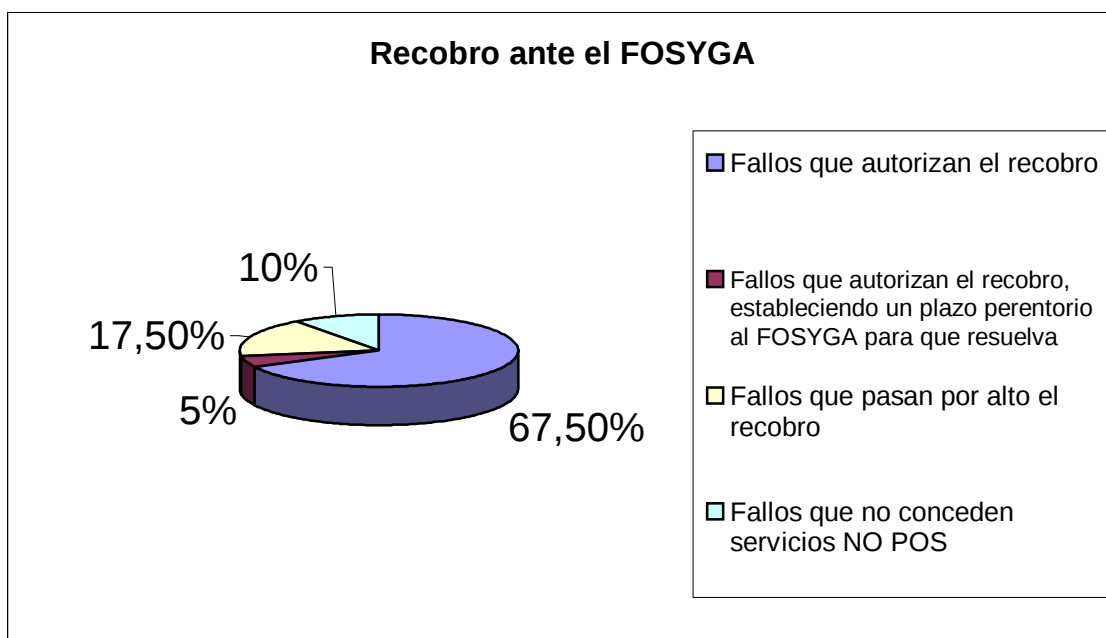
Como se destacó anteriormente, a partir de las entrevistas realizadas a directivos de las EPS, la motivación de los fallos de tutela NO POS, obedece más a criterios jurídicos abstractos, antes que a un análisis concreto de la situación fáctica a partir de las pruebas, obrantes en el proceso. Ello de suyo, significa que el juez de tutela profiere sentencias con un alto grado de subjetividad, y que para remediar tal situación, es preciso que realice un análisis de los soportes probatorios que sirvan de estribo a las pretensiones del actor, y a la defensa de la parte accionada, garantizándose una confrontación equitativa entre ellos, y la adopción de una

decisión que corresponda, en justicia, a los resultados obtenidos del debate realizado entre las partes litigiosas.

Nótese que en el informe estadístico que precede, el análisis probatorio que se requiere solamente se realizó en el 45% de los fallos, mientras que las sentencias que se fundamentan solamente en argumentos de tipo jurídico, cuya característica es la generalidad (principio de conexidad, carácter fundamental de los derechos que se predicán de menores de edad y adultos mayores), sin evaluar el caso en el cual se aplican, conforman el 55%.

GRAFICO X.
Fallos que autorizan el recobro ante el FOSYGA

Fallos que autorizan el recobro	67,5%
Fallos que autorizan el recobro, estableciendo un plazo perentorio al FOSYGA para que resuelva	5%
Fallos que pasan por alto el recobro	17,5%
Fallos que no conceden servicios NO POS	10%



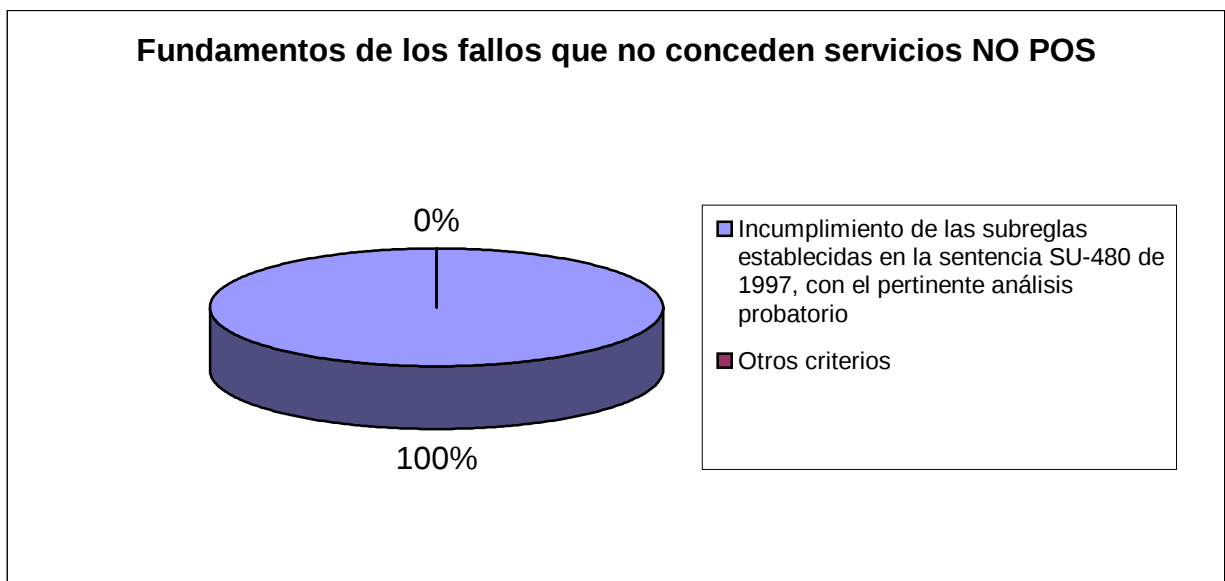
Los fallos de tutela NO POS, si autorizan en su gran mayoría a las EPS para que adelanten la acción de recobro ante el FOSYGA, utilizando la respectiva sentencia como un título ejecutivo. Sin embargo aún es considerable la cantidad de fallos que pasan por alto esta medida, perjudicando de ese modo a la entidad, que deba prestar el servicio NO POS.

Una solución frente a la tardanza en el reembolso de recursos invertidos que hace el FOSYGA, y en consecuencia, frente a los traumatismos presupuestales que ello causa a las EPS, se vislumbra en algunas sentencias de tutela, que imponen un plazo perentorio al respectivo organismo, para que realice los trámites de su competencia, sin embargo, aún son muy pocos los fallos que adoptan tal solución. Generalizada la misma, garantizaría el equilibrio financiero que las entidades promotoras reclaman, conservando el valor adquisitivo de los recursos que las mismas invierten en servicios NO POS.

GRAFICO XI.

Fundamentos de los fallos que niegan el suministro de servicios NO POS

Incumplimiento de las subreglas establecidas en la sentencia SU-480 de 1997, con el pertinente análisis probatorio	100%
Otros criterios	0%

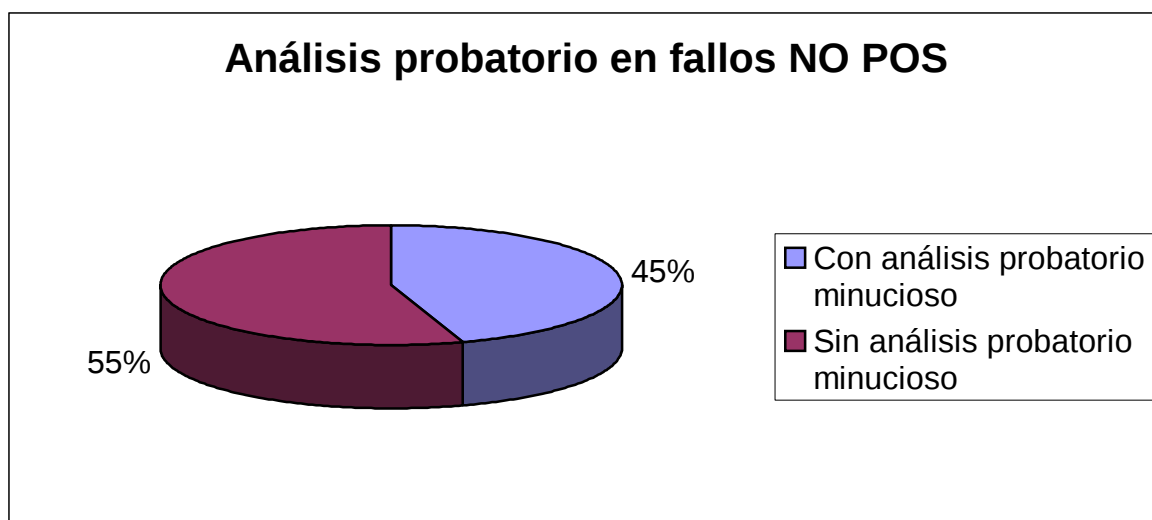


En este tipo de fallos, contrario sensu a lo que sucede con las sentencias que conceden el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos NO POS, se hace el análisis probatorio, al que hay lugar. Se aplican los presupuestos jurisprudenciales expuestos en la sentencia SU-480 DE 1997, ampliados en posteriores pronunciamientos, cuya virtud es la de exigir, cuando se analiza si se cumplen en el caso concreto, un estudio de las pruebas que le sustentan.

La aplicación obligatoria de tales criterios jurisprudenciales, es otro parámetro que servirá como garantía de fallos de tutela, que no adolezcan de los defectos que les atribuyen las EPS y que se corroboran a partir del examen de las sentencias de muestra.

GRAFICO XII.
Fallos en los que existe análisis probatorio minucioso (de la totalidad de sentencias de muestra)

Con análisis probatorio minucioso	45%
Sin análisis probatorio minucioso	55%



Concluyendo el informe estadístico, se encuentran los fallos de muestra clasificados en dos grupos porcentuales: el 45% de los que se sustentan en un análisis probatorio, y el 55%, en los que tal análisis es prácticamente nulo. Prevalece por consiguiente, la tesis que se refiere a la subjetividad de los fallos de tutela NO POS.

Del anterior acápite se extractan estas conclusiones:

1. Los fallos de tutela NO POS, son la causa inmediata del desequilibrio financiero que experimentan las EPS, al momento de ejecutarlos, pues los mismos les prescriben la prestación de servicios, que no son de su obligación, esto en razón de que la ley explícitamente, ordena a estas entidades, a suministrar solamente los tratamientos, procedimientos y medicamentos que se incluyen en el listado reglamentario. No obstante, frente a este factor inicial, es decir, las sentencias de tutela NO POS, es de recalcar que por sí mismas, no constituyen causa autónoma y principal de los traumatismos, que aducen las EPS. Si bien como ellas mismas lo destacan, estos tienden a fallar, en su gran mayoría a favor de los accionantes, con argumentos abstractos, será suficiente para solucionar tal problema con que los jueces, apliquen en mayor proporción las reglas que la Corte Constitucional ha planteado en la multicitada sentencia hito de esta materia (SU-480 de 1997), cuya verificación en el caso concreto, reclama un análisis probatorio prolijo.

2. Existen causas mediatas, que contribuyen a que existan desequilibrios financieros en las EPS, en mayor proporción que los mismos fallos de tutela NO POS, siendo quizá la más importante, el que el reintegro de los recursos, por parte del FOSYGA, no responda a la inmediatez del caso, y una causal, de índole global que afecta, en sí, al SGSSS, consistente en que este presenta una cobertura de servicios POS, precaria. Tal cobertura debería ser mucho más amplia y flexible, adecuándose a los avances médicos en materia de curación, control y prevención de enfermedades. Al contemplar mayor número de servicios y al renovarse continuamente en tal inclusión de medicamentos, tratamientos y procedimientos, y destinando los recursos que sean necesarios para su prestación, se evitará la congestión de los despachos judiciales, con acciones tendientes a obtener servicios que no se incluyen en el listado reglamentario, y también se evitarán los trámites que deben adelantar las EPS, tanto para prestar tales servicios, como para obtener el correspondiente reintegro de los dineros invertidos en ellos.

Sobre estos puntos se tratará más explícitamente, en el capítulo siguiente.

6. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

6.1. DE LA VALORACIÓN PROBATORIA.

Este aspecto no puede solucionarse, sino a la luz de los criterios jurisprudenciales vertidos en materia de tutela de medicamentos, tratamientos y procedimientos NO POS, a partir de la sentencia SU-480 de 1997.

En virtud de este fallo, se establecieron las reglas que deben verificarse en cada caso concreto, para efectos de concederle al accionante o al paciente, el servicio NO POS que requiere. El juez, al momento de fallar, debe examinar si tales presupuestos, que son de obligatoria observancia, se cumplen en el sub lite, y para el efecto, se requiere un análisis in extenso, de los medios demostrativos que obren en el expediente. Esta práctica, se ha ido generalizando en el ámbito judicial, pero aún no alcanza, los niveles que se desean, con miras a que se profieran sentencias de tutela, bien fundamentadas, no solo con sustento en argumentos jurídicos abstractos, sino determinando si los mismos son aplicables al caso particular, a partir del examen minucioso de los hechos y de los medios de convicción, que le sirven de estribo.

Las subreglas, en las que enfatiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional son:

1. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido ponga en peligro los derechos fundamentales a la vida o a la integridad física del afectado.
2. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
3. Que el paciente realmente no pueda solventar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.
4. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halle afiliado el demandante.

El accionante tiene a su cargo, la obligación de probar que le están siendo vulnerados sus derechos fundamentales. Para esta premisa, son de aplicación varios de los criterios y definiciones, que se predicen en el ámbito jurisprudencial como el principio de conexidad y la vida digna del paciente. Sin embargo, para erradicarse una generalidad ostensible en este campo, es preciso definir los contornos del concepto de “dignidad”, y de la íntima relación de los derechos prestacionales, con una garantía esencial. En principio, la dignidad se comprende

como el estado y desarrollo del individuo, en condiciones normales, sin desventajas frente a sus semejantes; concepto, que de suyo comparte la exclusión del POS, de los tratamientos estéticos o medicamentos suntuosos, que solamente tienden a mejorar la apariencia del individuo, y no a garantizar su desarrollo pleno. Este último punto, como ya se dijo, se remite a la “normalidad”, en las capacidades físicas y mentales del individuo, lo que significa que solo en los eventos de que el paciente, esté propenso a perder una de sus facultades orgánicas, o a ver desmejorada la funcionalidad de uno de sus órganos, o a sufrir una afección, que le ponga en una situación de inferioridad y dependencia, o necesite un tratamiento o medicamento, para prevenir o controlar el padecimiento que conduzca a tan lamentables resultados, se justificaría la concesión mediante tutela, del suministro de servicios NO POS. Este criterio es adoptado por los jueces en sus fallos, de forma preponderante, pues como ya se vio, en el informe estadístico que precede, la conexidad (aplicada a la salud, en estrecha relación con la vida digna), es el criterio de tutela más recurrido. Sin embargo, no es suficiente, para entrar a proferir un fallo de esta índole, y en este sentido, es pertinente, la aplicación de las premisas jurisprudenciales subsiguientes, que son definitivas para tomar una decisión adecuada.

Se debe evaluar, por ende, si el medicamento es sustituible por uno contemplado en el POS, que goce de igual eficacia que el que se solicita. De ser así, no debe concederse el amparo, pues es ilógico obligar a la EPS o a uno de sus contratistas, a afrontar gastos que no le competen, si hay una alternativa, en la que tales medidas pueden evitarse. En este punto, es prudente que el juez acuda a conceptos y experticios, de profesionales del área médica, quienes han de conceptuar tanto sobre la necesidad del suministro del procedimiento o medicamento solicitado, como de su grado de eficacia, para entrar a compararlo con los ofrecidos por el POS.

Así mismo, el juez debe entrar a evaluar las pruebas que versan sobre la capacidad económica del paciente, en razón de que si éste cuenta con los recursos suficientes para adquirir por sus propios medios, el medicamento o tratamiento que pretende, no debe concedérsele el amparo. Esto, obrando en un sentido elemental de justicia y solidaridad, pues la EPS no debe afrontar gastos imprevistos para solventar los servicios, de quien en realidad, podía adquirirlos por su cuenta; o sería injustificada la destinación de sus recursos para tal fin, cuando pudieron ser invertidos en procedimientos, destinados a pacientes, que por el contrario, no contaban con los medios suficientes para solventarlos, o ser invertidos en programas o políticas de interés general, verbigracia las campañas de prevención.

El que el medicamento, tratamiento o procedimiento, sea prescrito por un médico adscrito a la EPS, es consecuencia propia del funcionamiento del sistema, pues el paciente o el accionante, debe acudir al personal vinculado, para efectos de

obtener los servicios, encaminados a la curación o control de su padecimiento. Este aspecto debe aparecer acreditado en el proceso.

Estos parámetros, deben ser cumplidos en su totalidad para inaplicar el POS, y en su lugar conceder el suministro del servicio excluido, que se requiere. Si alguno no se verifica en el caso concreto, de forma obligada el amparo debe negarse.

6.2. DEL RECOBRO ANTE EL FOSYGA.

Actualmente la acción de recobro ante el FOSYGA por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela del régimen contributivo se lleva a cabo de acuerdo al procedimiento señalado en la RESOLUCION NUMERO 2949 del tres de Octubre de 2003.

1.- Toda solicitud de recobro debe ingresar a través de la dependencia de correo y radicación del Ministerio de la Protección Social y debe acompañarse de los siguientes documentos, so pena de ser rechazada:

- a) Cuenta de cobro numerada consecutivamente por cada paciente, dirigida a la Subcuenta de Compensación del Fosyga, rubro: pago otros eventos (subcuenta reglamentada a través del decreto 1013 del 4 de Junio de 1998).
- b) Hoja de liquidación de la cuenta de cobro en la que se determinen detalladamente los valores reclamados por cada medicamento o evento.
- c) Original debidamente cancelado de la factura de venta expedida por el proveedor en donde se identifique la EPS responsable del pago, el valor y la cantidad de servicios prestados objeto del recobro; se debe discriminar los medicamentos, insumos, honorarios, derechos de sala, pruebas diagnósticas y demás servicios a recobrar y la identificación del paciente afiliado a la EPS. Cuando la factura incluya el tratamiento de más de un paciente, se debe detallar la información para cada afiliado.
- d) Resumen de historia clínica, epicrisis o documentos en los cuales se soporten la solicitud y pertinencia del procedimiento o medicamento recobrado.
- e) Certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, en los casos de tutela por períodos mínimos de cotización, en los cuales se especifique la fecha de afiliación al Sistema General de Seguridad Social y a la EPS, identificando las semanas cotizadas en el último año.
- f) Primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria. Para cuentas consecutivas originadas en el mismo evento, se debe anexar copia simple del fallo de tutela, aclarando que el original se anexó en la primera cuenta presentada.

2.- Como soportes generales de las cuentas de cobro se debe anexar:

- a) Certificado de existencia y representación legal de la EPS con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días a la fecha de radicación de la solicitud de recobro.
- b) Manifestación juramentada del representante legal de no haber recibido pago por los conceptos recobrados.
- c) Poder debidamente otorgado si actúa por intermedio de apoderado.
- d) Domicilio para notificaciones.
- e) Lista de precios vigente de medicamentos del proveedor para los recobros de medicamentos no incluidos en el POS con homólogo.

Para determinar los montos a pagar se deben tener en cuenta los siguientes criterios de liquidación:

1.- Cuando se trate del recobro de medicamentos que no estén en el Acuerdo 228 del CNSSS pero que tengan un homólogo listado en el acuerdo; el valor a reconocer y pagar será el resultante de restar al valor del medicamento reconocido en la tutela, el valor del medicamento homólogo listado, esto según la lista de precios del proveedor o los precios avalados por el Ministerio de la Protección Social.

2.- Cuando se trate de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en el mismo, el valor a pagar será del 50% del valor del medicamento según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social.

Al valor resultante de los numerales anteriores, se le descuenta el valor de la cuota moderadora que aplique al afiliado, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

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

3.- Cuando se trate de recobro 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 el valor a reconocer y pagar por el Fosyga será el porcentaje equivalente a las semanas faltantes para cumplir el total de las requeridas.

4.- En el caso de actividades, procedimientos e intervenciones no incluidos en el POS, el valor a reconocer y pagar por el Fosyga se liquidará sobre el valor total facturado por el proveedor, incluyendo las pruebas diagnósticas, el tratamiento postoperatorio intrahospitalario y las complicaciones relacionadas exclusivamente

con el evento; se excluyen de este pago las pruebas dirigidas a definir el diagnóstico y la atención inicial de urgencias.

Las EPS del Régimen Contributivo deben tramitar y presentar en debida forma las reclamaciones por fallos de tutela dentro del término establecido en el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002²⁰.

La acción de recobro ante el Fosyga por dineros invertidos por las EPS al ejecutar fallos de tutela no POS, conlleva mucho trámite para estas entidades, los documentos que se deben anexar son demasiados y el proceso es muy lento, el tiempo que emplea el Fosyga para devolver los recursos ocasiona la pérdida del valor adquisitivo de los dineros invertidos en procedimientos o medicamentos no POS, de ésta manera se generan graves traumatismos presupuestales al interior de las Entidades Prestadoras del Servicio, pues se gasta más de lo que se recupera.

La solución para evitar los desajustes de índole económica para las EPS y en general para el Sistema de Salud se avizora en algunos fallos recientes de tutela en los que los Jueces en la parte resolutive ordenan al Fosyga que emplee un tiempo específico en el reembolso de los dineros, generalmente este tiempo es de diez a quince días a partir de la notificación de la sentencia; en vista de esto nos parece conveniente se estandarice a nivel legislativo el tiempo que el Fosyga debe emplear para el reconocimiento y pago del reembolso.

Claro está que se evitarían todos estos trámites si se reformara en su totalidad el Sistema de Salud con ampliación de cobertura de los servicios, esto en cuanto a medicamentos y procedimientos con los avances científicos que permitan una mejor calidad de vida de los afiliados al sistema.

6.3. DE LA AMPLIACIÓN DEL POS.

Varias alternativas de solución, se han gestado en torno a este punto, ante todo, en el campo de los proyectos de ley, que tienen como objeto primordial, el de introducir reformas sustanciales, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Entre ellos se deben destacar los siguientes:

En el mes de julio de 2005 entró en vigencia la ley 972 que declara de interés nacional la atención integral a la lucha contra el VIH y el SIDA, tan es así que el

²⁰ Decreto 1281 de 2002 art. 13. “Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”.

Estado y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, debe garantizar el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas consideradas de alto costo como el VIH/SIDA, la Insuficiencia Renal Crónica y el Cáncer.

Esta ley se debe interpretar y ejecutar teniendo presente el respeto al derecho a la vida, a la dignidad humana, a la intimidad y privacidad de los pacientes, al trabajo, a la familia y al estudio, por lo tanto la tarea fundamental de las autoridades de salud debe ser lograr el tratamiento y rehabilitación de los pacientes y evitar la propagación de la enfermedad.

Además las EPS e IPS nunca podrán negar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria a un paciente infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas.

Los pacientes asegurados serán obligatoriamente atendidos por parte de la EPS pero en caso de que perdieran su afiliación por causas relativas a incapacidad prolongada, no podrá suspenderse su tratamiento y la EPS podrá recobrar lo invertido a la subcuenta ECAT del Fosyga.

Si las EPS o IPS violan lo dispuesto en ésta ley serán sancionadas con multa sin perjuicio a las acciones civiles y penales que se deriven.

Otra solución que se avizora, a partir de la iniciativa legislativa, y que promete grandes beneficios para el sistema, materia de estudio, es la que se refiere a la regionalización de los servicios que se prestan, en materia de salud, proceso que se concibe a partir del estudio y determinación de los perfiles epidemiológicos de los llamados “territorios de salud”²¹. Estos últimos, pueden definirse, en términos generales, como grupos de población, que de acuerdo a sus connotaciones particulares, al medio de desarrollo, al nivel de calidad de vida que se ha gestado en el mismo, manifiestan necesidades específicas, predicables solo de ese grupo homogéneo, y que en esencia divergen de las existentes en otros territorios de salud. Contribuye en gran medida, este proyecto, a establecer un mecanismo idóneo de atención, prevención, curación y control de enfermedades, a través de

²¹ PROYECTO DE LEY No. 098 de 2004, Senador Gustavo Petro, por el cual se crea el Sistema Integrado de Seguridad Social en Salud (SISESA), y define las garantías en salud y riesgos profesionales para toda la población colombiana, la organización del sistema, el financiamiento, la administración de los recursos, la prestación de los servicios de salud y riesgos profesionales, el sistema integrado de información en salud, la inspección, vigilancia y control, y los criterios para definir políticas de talento humano y de ciencia y tecnología en salud. El SISESA sustituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales definidos por la Ley 100 de 1993.

los mecanismos propios de la ciencia médica, adecuándose a las contingencias propias del grupo de habitantes, pues en estricto sentido, las enfermedades que se presentan en región o en otra, difieren sustancialmente, dadas las características especiales del medio.

Contribuye también, esta reforma, al acceso directo y eficaz, de la persona, a los servicios de salud que requiera, en su propio ámbito sin tener que desplazarse a otros lugares, puesto que los tratamientos, medicamentos y procedimientos que contemplará el plan de servicios de salud, incluye la atención de contingencias y afecciones que se presentan en la totalidad de regiones, adicionando las que se dan en su propio territorio de salud.

Es de recalcar también, que la inclusión de los servicios de salud, se sujetará a constantes renovaciones, pues dentro del sistema que se plantea, se confiere al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la tarea de adelantar estudios periódicos tanto del perfil epidemiológico del territorio de salud, como de los avances en la ciencia médica, que podrían ser aplicados para tratar un determinado padecimiento, en el mismo.

Estos son los aspectos más relevantes de este proyecto de ley:

Conceptos Previos

La salud es la capacidad física y mental de las personas, para desarrollar diversas actividades, en condiciones óptimas. Los servicios que se prestan en el área, deben procurar ante todo preservar y mejorar dichas capacidades.

En este marco se maneja la responsabilidad social del Estado, de promocionar y garantizar a sus habitantes, el derecho a gozar de las mejores condiciones de salud.

Para efectos de este proyecto de ley, la promoción de la salud y las políticas de salud pública, como parte de la precitada responsabilidad en cabeza del Estado, son esenciales al momento de fundar un Sistema Integral de Seguridad Social en Salud (SISESA), orientado a prestar servicios, que mejoren la calidad de vida de los habitantes.

Estructura

Este sistema, estará conformado por elementos institucionales, financieros y administrativos, encaminados a garantizar el derecho a la salud de toda la población. Desarrollarán, para el efecto, los siguientes niveles de atención:

1. Atención Primaria Integral en Salud (APIS). Conjunto de acciones, bienes, servicios y estrategias, que integran la educación en salud, la protección de la vida, la prevención, tratamiento y manejo de enfermedades, y la rehabilitación,

con enfoque en territorios específicos, en los rangos primero y segundo de tecnología, (estos rangos se definen de acuerdo a la complejidad del servicio que se presta). Este nivel de atención se rige por los principios de **accesibilidad**, es decir, de obtención de servicios de salud, sin dificultades de orden económico, organizacional, geográfico o cultural; **oportunidad**, o de acceso al servicio en el momento y lugar requerido; **integralidad**, por cuanto abarca acciones de educación, prevención, curación, rehabilitación, según las necesidades de la persona; **continuidad**, en tanto se hace un seguimiento de la persona, en su proceso de superación o manejo de la enfermedad que padece; **longitudinalidad**, entendido como el seguimiento de los aspectos de salud de las personas y las comunidades, a lo largo de su ciclo vital; **coordinación**, o complementariedad de los medios para atender las necesidades en salud; **participación social**, de las comunidades para tomar decisiones y formular estrategias para el mejoramiento de la calidad de vida y salud propia, de sus próximos, y de la sociedad, en general; **enfoque familiar y comunitario**, pues el sistema considera a las personas como parte de familias y comunidades, que tienen sus propios determinantes de salud y enfermedad.

2. Servicios de medio y alto costo. Superan la APIS, por su costo, o por la complejidad tecnológica del servicio o bien que se requiere. Los definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Respaldando este sistema estará el Fondo Único de Seguridad Social en Salud (FUSESA), como cuenta autónoma y de destinación exclusiva, administrada por el Ministerio de la Protección Social como fiducia pública, constituido por los siguientes recursos: fiscales del orden nacional destinados a salud y parafiscales de la seguridad social en salud y de riesgos profesionales, cuyo objeto esencial es garantizar la cobertura universal de los servicios del área, y la solidaridad en el sistema. Se constituirán también los Fondos territoriales de salud, mediante los cuales se integran los recursos provenientes del FUSESA con los recursos de rentas cedidas y propias de los entes territoriales, con destinación específica para salud. Habrá tantos fondos territoriales como territorios de salud se definan.

Garantías en Salud

De acuerdo al sistema que se plantea, serán las siguientes:

1. Atención Primaria Integral en Salud.
2. Servicios de medio y alto costo.
3. Programas de control de enfermedades de interés en salud pública.
4. Prestaciones económicas o retribuciones a las familias por el impacto generado por situaciones de incapacidad, invalidez y maternidad.

5. Servicios complementarios en salud, relacionados con el confort de la persona, es decir, sus condiciones de vivienda, alimentación, y otros aspectos que confluyen para garantizar su bienestar.
6. Participación y control social, a través de veedurías ciudadanas encargadas de formular estrategias de ejecución de políticas públicas en salud, y de vigilar el cumplimiento, de los programas ya formulados.

El Consejo Nacional de Seguridad Social estará encargado de definir los contenidos de cada tipo, de acuerdo a las especificidades de cada territorio, tomando en cuenta su perfil epidemiológico. Para el campo del SGSSS, tienen directa incidencia los tres primeros tipos, cuyas generalidades se exponen a continuación:

1. Atención Primaria Integral en Salud, que comprende atención ambulatoria, procedimientos de primer y segundo nivel tecnológico, atención de parto normal y de parto por cesarea, servicios farmacéuticos de medicamentos esenciales, de diagnóstico, laboratorio y atención de urgencias de primer y segundo nivel tecnológico.
2. Servicios de medio y alto costo, que comprende servicios ambulatorios, de medicamentos esenciales y no esenciales de alto costo y uso permanente, diagnóstico, laboratorio, hospitalización y rehabilitación de tercer y cuarto nivel tecnológico.
3. Programas de control de enfermedades de interés en salud pública, que funciona según el perfil epidemiológico de los territorios de salud y del país en su conjunto. Estarán supervisados por el Ministerio del ramo y los entes territoriales.

Organización

El SISESA es un sistema de seguro universal obligatorio, solidario, descentralizado, orientado hacia la preservación de la calidad de vida de los habitantes.

Estará regido, o en otros términos, quien formulará las directrices de su funcionamiento y los contenidos de los programas a ejecutarse, a nivel nacional será el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y a nivel territorial, el respectivo consejo seccional. Habrá tantos consejos seccionales, como territorios de salud determinados por la ley.

Estará dirigido, en cuanto a la ejecución de los programas, a nivel nacional por el Ministerio de Protección Social, y nivel departamental, distrital, y municipal, por las secretarías de salud.

Financiamiento

El financiamiento del SISESA integrará los recursos parafiscales provenientes de las cotizaciones a la seguridad social en salud y riesgos profesionales con los recursos fiscales del orden nacional y territorial, con base en un criterio de cofinanciación. Todas las personas, según su situación social y condiciones de ingresos, aportarán a la financiación del sistema, mediante contribuciones ligadas al salario o a los ingresos, impuestos que se destinan a salud en los presupuestos de orden nacional, departamental, distrital o municipal, y otros ingresos y pagos expresamente establecidos por norma general.

Manejará los recursos a través de un fondo único de Seguridad Social en salud (FUSESA), que tendrá las siguientes subcuentas:

- A) Atención Primaria Integral en Salud (APIS): destinada a la cofinanciación de la Atención Primaria Integral en Salud.
- B) Servicios de Medio y Alto costo (SEMAC): destinada a la cofinanciación de los servicios de medio y alto costo.
- C) Control de Enfermedades de Interés en Salud Pública (CEISP): destinada al diseño y desarrollo de los programas de control de enfermedades de interés en salud pública, a la producción de biológicos para inmunizaciones, a la vigilancia y control de medicamentos y alimentos, e investigación y desarrollo tecnológico en salud, en el marco del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología en Salud.
- D) Prestaciones Económicas en Salud y Riesgos Profesionales (PRES): destinada al pago de las prestaciones económicas derivadas de la situación de maternidad e incapacidad o invalidez por enfermedad general, accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, distribuirá los recursos en dichos fondos, de acuerdo a las necesidades del servicio.

Territorios en Salud

Serán definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, tomando en cuenta estos criterios:

1. Municipios mayores de 100.000 habitantes.
2. Asociaciones de municipios de menos de 100.000 habitantes, según división administrativa provincial o departamental.
3. Asociaciones de municipios según regiones especiales de interés en salud pública.

4. Asociaciones de municipios que comparten particularidades étnicas especiales (indígenas y afrodescendientes) y las entidades territoriales indígenas establecidas por la ley.

La definición de un territorio de salud requiere el concepto previo del Ministerio de la Protección Social, quien valorará la capacidad de gestión de recursos por parte de los entes territoriales y la capacidad asistencial y de organización de redes regionales de servicios.

La transferencia de recursos del FUSESA, a cada territorio de salud, obedecerá a estos criterios:

1. Mayor cantidad de población por debajo de línea de pobreza que el promedio nacional.
2. Mayor prevalencia o incidencia de enfermedades de interés en salud pública que la tasa nacional.
3. Inequidades en salud, entendidas como desigualdades injustas y evitables, medidas por resultados (morbi-mortalidad) y acceso a los servicios de salud (barreras económicas, geográficas, administrativas o culturales).
4. Mayor mortalidad materna e infantil que la tasa nacional.
5. Menor cobertura de saneamiento básico y agua potable que la cobertura nacional.

Los servicios en cada territorio de salud, se prestarán a través de redes de servicios, proporcionados por diferentes entidades prestadoras públicas o privadas, entre ellas:

1. Red de atención primaria integral en salud
2. Red de servicios especializados ambulatorios
3. Red de servicios de hospitalización
4. Red de urgencias médicas

Las mismas, para su cabal funcionamiento, tendrán redes de apoyo de servicios farmacéuticos, diagnóstico, rehabilitación y vigilancia en salud.

Renovaciones en el sistema

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, formulará cada cuatro años, con revisiones anuales, la política de ciencia y tecnología en salud, La política deberá definir las prioridades de inversión en investigación y desarrollo tecnológico en salud para el país, según las especificidades territoriales, en otros términos, según las contingencias que deban atenderse en cada territorio de salud.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo se investigaron las implicaciones en el campo jurídico y presupuestal que acarrearán los fallos de tutela NO POS del régimen contributivo en las EPS de la Ciudad de Pasto llegando a las siguientes conclusiones:

En materia de salud y seguridad social, la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional, ha atravesado por tres fases esenciales, en lo referente a prestaciones médicas no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud: La adopción y desarrollo del principio de conexidad; la formulación de subreglas que obligan al suministro de servicios no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud; y el recobro ante el FOSYGA y la ampliación de las perspectivas de aplicación del derecho a la salud en conexión con la vida, no solo tendiente a recuperar el estado de salud, sino también a mantenerlo.

En la Primera fase de la evolución jurisprudencial los derechos a la salud y a la Seguridad se tutelan generalmente cuando se encuentran en conexión con el derecho a la vida, la integridad física o la dignidad humana; con la acción de tutela se busca la prestación de un servicio médico, el suministro de medicamentos o tratamientos que no se contemplan dentro del POS, siempre y cuando el actor no tenga los recursos económicos suficientes para solventar los gastos que implique el servicio médico respectivo. Sostiene la Corte que es un trato cruel y degradante el no prodigarle a una persona un tratamiento que necesita para conjurar su dolor.

El derecho a la vida, comprendido desde el ámbito de la conexidad, amplía su radio de acción de manera tal que le son consustanciales otras prerrogativas, como la salud y la integridad física que si bien son objetos jurídicos autónomos e identificables no se pueden desligar completamente de la vida humana.

Pero en tratándose de menores de edad los derechos a la salud y a la seguridad social son prioritarios y tienen un carácter prevalente frente a los derechos de los demás, razón por la cual para ampararlos por vía de tutela no se aplica el principio de conexidad, según las sentencias T-165 y SU-043 de 1995.

En la primera etapa jurisprudencial la Corte Constitucional no establece unas reglas claras para determinar en que eventos debe tutelarse un medicamento, tratamiento o procedimiento médico no POS. Sus consideraciones tiene asidero

únicamente en el principio de conexidad predicable del derecho a la salud respecto de otras garantías fundamentales, tampoco se define cual es el ente encargado de cubrir los sobrecostos en que las EPS incurren al suministrar un medicamento, tratamiento o procedimiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, debiendo ser asumidos con cargo al presupuesto de las mismas EPS.

En la Segunda fase jurisprudencial con la sentencia SU-480/97, HITO en la presente línea jurisprudencial, se consagran los parámetros que obligan a las EPS a suministrar a sus afiliados, medicamentos y tratamientos NO POS cuando: La falta del medicamento o tratamiento excluido ponga en peligro los derechos fundamentales a la vida o a la integridad física del afectado, como ya se especificó; se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; el paciente realmente no pueda solventar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.

En esta fase, la Corte Constitucional, determina que para evitar desequilibrios presupuestales al interior de las EPS, estas pueden adelantar las acciones de Recobro ante el FOSYGA por los gastos en servicios NO POS, ya que cuando lo recetado por el médico tratante adscrito a la EPS no figura en la lista de medicamentos del POS de todas maneras la entidad afiliadora lo debe proporcionar, pero como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado por el Estado, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el mismo Estado.

En la Tercera Fase de esta línea jurisprudencial, la Corte Constitucional procura que la legislación se acomode a la efectiva aplicación de los derechos fundamentales, el derecho a la vida que puede vulnerarse al violarse el derecho a la salud, no hace referencia solamente a la vida biológica, sino también a las condiciones en las que la persona subsiste. El derecho a la salud, en este caso implica no solo la prestación de servicios para conservar la vida, sino también para mantenerla en las mejores condiciones.

Los fallos de tutela de los jueces del Municipio de Pasto reproducen en gran medida los criterios y reglas reiterados en innumerables ocasiones por la Corte Constitucional, la aplicación del principio de conexidad del derecho a la salud, con

garantías esenciales como la vida y la integridad física, trasmutando su naturaleza de prerrogativa prestacional o programática en una prioritaria, de ejecución inmediata, y la aplicación de las reglas planteadas a partir la sentencia SU-480 de 1997, respecto de las circunstancias que obligan a las EPS a suministrar servicios NO POS, quedando facultadas estas entidades para adelantar el recobro ante el FOSYGA.

Para los Jueces, el legislador acertó al consagrar la acción de tutela como un mecanismo expedito y eficaz al momento de salvaguardar prerrogativas como la salud y la seguridad social en materia del Plan Obligatorio de Salud, puesto que el mismo es extremadamente restringido, y debería sujetarse a posibles ampliaciones, dada la complejidad en la prestación del servicio de salud.

Las EPS de la Ciudad de Pasto, por su parte no descartan que los fallos de tutela NO POS, les causen desequilibrios financieros, pero manifiestan que a tal problemática contribuyen también las falencias del Sistema de Seguridad Social en Salud, puesto que éste no se acomoda al constante avance de la ciencia médica, respecto de nuevos tratamientos y nuevos medicamentos patentados, para la prevención, control y tratamiento de diversas enfermedades, lo que hace que el porcentaje de personas, que recurren a la acción de tutela, se incrementa, pues procuran obtener el suministro de dichos servicios, que aún no han sido incluidos en el POS.

En la investigación de campo realizada con los jueces de tutela, las EPS y los fallos de muestra se determinó que:

- Existe subjetividad por parte de los jueces en los fallos de tutela NO POS-C, ya que ellos se limitan a hacer una sustentación jurídica abstracta, sin examinar los soportes fácticos que emergen del caso en concreto. La falta de objetividad se debe principalmente a que los Jueces no examinan minuciosamente los medios de convicción allegados al proceso, no se apoyan en la historia Clínica del paciente sino en criterios meramente filosóficos extractados generalmente de las Sentencias de la Corte Constitucional.
- La ejecución de los fallos de tutela causa desequilibrios presupuestales para las EPS ya que estas deben solventar gastos imprevistos, por que los medicamentos, tratamientos o procedimientos NO POS, no están contemplados en su plan de servicios y el recobro ante el FOSYGA no es garantía de equilibrio presupuestal, ya que dicho fondo se tarda demasiado tiempo en reintegrar el dinero.

- Pero no es en si misma la acción de tutela la causante del desequilibrio financiero de las EPS sino las falencias al interior del Sistema General de Seguridad Social en Salud puesto que la cobertura en cuanto a los servicios que se prestan es insuficiente para los usuarios, teniendo en cuenta que los avances científicos en el campo de la medicina, dejan desactualizada la legislación. Los fallos de tutela NO POS son entonces el producto de las debilidades del SGSSS, por lo tanto no es necesario reformar la acción de tutela en su totalidad, sino replantear ciertos aspectos procedimentales que deben tener en cuenta los jueces como el analizar con profundidad las pruebas y aplicar con rigor jurídico las reglas que la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 480 DE 1997; también es conveniente que las EPS participen de forma más activa en el ejercicio del derecho de contradicción que les asiste, aportando las pruebas necesarias para enervar las pretensiones de la demanda.

La causa más importante que contribuye a que existan desequilibrios financieros en las EPS es que el reintegro de los recursos, por parte del FOSYGA, es muy demorado y al reembolsar lo invertido ya se ha perdido e valor adquisitivo de los dineros. Como respuesta a tal problemática, en algunos fallos recientes de tutela se ordena que el FOSYGA emplee un tiempo específico en el reembolso de los dineros (10 a 15 días) para evitar los traumatismos presupuestales al interior de las entidades.

También se postulan como alternativas de solución en el presente trabajo de investigación la ampliación y renovación continua de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este sentido la ley 972 del 2005 amplía la cobertura y los servicios a los pacientes con enfermedades ruinosas o catastróficas consideradas de alto costo y el proyecto de ley No. 098 de 2004 que se refiere a la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud (SISESA), establece la regionalización de los servicios de salud a partir del estudio y determinación de los perfiles epidemiológicos de grupos homogéneos de población, creando los territorios en salud administrados en forma descentralizada por cada región con los recursos del Fondo Único de Seguridad Social en Salud (FUSESA).

La implementación de estas soluciones contribuirán en gran medida a fortalecer el Sistema General de Seguridad Social en Salud resolviendo la problemática que enfrentan las EPS al ejecutar los fallos de tutela no POS, que como puede dilucidarse de la exposición que antecede tienen su origen inmediato en las incongruencias que actualmente presenta el precitado sistema.

BIBLIOGRAFÍA

BAPTISTA LUCIO, Pilar y otros. Metodología de la Investigación. Editorial Mcgraw-Hill, Segunda Edición. 1999, Pág. 209 a 220.

DATALEGIS. Colección Jurisprudencia 2005. Editorial Legis.

PEDRAZA CUERVO, Ariel. LEY 100 DE 1993. Editorial Leyer. Sexta edición. Bogotá, 2003.

PÉREZ VILLA, Jorge. Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Quinta Edición. Bogotá, 2003.

[http// www.banrep.gov.co/juriscal](http://www.banrep.gov.co/juriscal)

[http// www.minproteccionsocial.gov.co/fosyga](http://www.minproteccionsocial.gov.co/fosyga)

[http// www.presidencia.gov.co](http://www.presidencia.gov.co)

ARCHIVOS DE FALLOS DE TUTELA DE Cajanal EPS, Coomeva EPS, ISS EPS, SOLSALUD EPS, SALUDVIDA EPS.