

**ASPECTOS CONTROVERSIALES DE LA "ACCION DE TUTELA NO P.O.S."
Y EVOLUCION JURISPRUDENCIAL**

ALVARO HERNAN BENAVIDES SOLARTE

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
AREA DE DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
SAN JUAN DE PASTO**

2002

**ASPECTOS CONTROVERSIALES DE LA "ACCION DE TUTELA NO P.O.S."
Y EVOLUCION JURISPRUDENCIAL**

ALVARO HERNAN BENAVIDES SOLARTE

TRABAJO DE GRADO

**PRESENTADO AL COMITÉ CURRICULAR DE LA FACULTAD DE DERECHO
COMO REQUISITO PARCIAL PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO**

DIRECTOR:

DR. LUIS ARTURO LAGOS PANTOJA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
AREA DE DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
SAN JUAN DE PASTO**

2002

Señores

**PRESIDENTE Y DEMAS MIEMBROS
DEL COMITE CURRICULAR.**

Facultad de Derecho
Universidad de Nariño.
Ciudad.

REF: Concepto sobre la tesis: **"Aspectos Controversiales de la
"Acción de tutela No. P.O.S." y evolución
jurisprudencial".**

Distinguidos Señores:

En cumplimiento de la labor encomendada por esa Entidad Académica, me permito informarles que he asesorado la tesis titulada: "ASPECTOS CONTROVERSIALES DE LA "ACCION DE TUTELA NO P.O.S." Y EVOLUCION JURISPRUDENCIAL" presentada por el señor ALVARO HERNAN BENAVIDES SOLARTE como requisito parcial para obtener el título de abogado. Por tal motivo me permito manifestarles que el trabajo cumple con todas las exigencias estatutarias y de rigor científico para considerar cumplidos los objetivos propuestos en el respectivo proyecto.

En consecuencia el señor Alvaro Hernán Benavides Solarte puede ser escuchado en la correspondiente sustentación de su tesis.

A pesar de que no es de mi competencia, no puedo dejar de manifestarles que en cumplimiento de mi labor de asesor, he tenido la oportunidad de profundizar y de actualizarme en un aspecto tan importante para la vida de los colombianos, como lo es el de la salud, tratada desde el punto de vista jurídico y de su aplicación práctica. Tal como lo expresa su autor, los egresados de toda universidad, tienen en el trabajo de grado una de las principales oportunidades para producir investigaciones que no solo sirvan de mecanismo para obtener el título sino que sean el testimonio de la calidad del profesional y sobre todo que su aporte al conocimiento se constituya en fuente de información para todos los sectores sociales y de manera especial para los destinatarios del trabajo, en este caso, el pueblo.

El derecho a la salud, en los actuales momentos de la vida nacional, es de aquellos que conmueven el alma de todos los ciudadanos y es por lo tanto el termómetro que mide la eficacia de cualquier gobierno de turno y la validez de los marcos jurídicos con fundamento en los cuales actúan. Respecto al tema de la investigación a que me estoy refiriendo el gobierno expidió la ley 100 de 1993 en la cual se reglamenta el Sistema General de la Seguridad Social en Salud, con augurios de ser la panacea para todos los males que aquejan a nuestra sociedad. Luego de mas de 8 años de vigencia resulta importante hacer un análisis crítico de todos o de algunos de los aspectos de dicha ley, pero con el ánimo de resaltar lo positivo y criticar lo negativo.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, de manera especial al conocer de la Acción de Tutela, ha jugado un papel importante en la aplicación, interpretación y desarrollo de la ley 100, sobre todo en lo relacionado con la salud. Muchos son los fallos que se han proferido en relación

con el tema. Varios de ellos han producido gran controversia en la sociedad colombiana, pero han contribuido a preservar los escasos derechos que consagra dicho Sistema, por lo que merecen un análisis crítico.

El joven Alvaro Hernán Benavides Solarte, demostrando un profundo conocimiento de la materia, aborda ese estudio, relacionando adecuadamente la responsabilidad del Estado en la salud de los administrados, con el Sistema General de Seguridad Social en Salud bajo el cristal de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y de su aguda percepción crítica sobre tan importante tema.

El lector encontrará en este trabajo, tratado con mucha responsabilidad científica y expuesto con un lenguaje comprensible para la mayoría de los colombianos, una exposición magnífica sobre la Acción de Tutela, el Sistema General de Seguridad Social Integral y del Sistema de Seguridad Social en Salud y sus principales instituciones y además, un informe sobre el Plan Obligatorio de Salud, estudio importante no solo por la claridad de los conceptos, sino por su análisis crítico a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en el aspecto del No P.O.S.

Por lo dicho considero, señores conciliarlos, que la investigación del señor Alvaro Hernán Benavides Solarte constituye un verdadero aporte al conocimiento de tan intrincado tema, por lo que merece, no solo su aprobación sino el implementar los mecanismos necesarios para su publicación porque de seguro que será muy útil no sólo para los Profesionales y Universitarios sino para todos los colombianos implicados con el Sistema General de la Seguridad Social en Salud. Respetando la opinión del jurado me permito recomendar que el trabajo sea distinguido con la calificación de LAUREADA, prevista en los estatutos universitarios.

Atentamente,

LUIS ARTURO LAGOS PANTOJA

Director.

Pasto, 4 de octubre de 2002

NOTA DE ACEPTACIÓN

JURADO

JURADO

SAN JUAN DE PASTO, NOVIEMBRE 19 DE 2002

AGRADECIMIENTOS

1. A mis profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, especialmente a los docentes del área de “Derecho Laboral y Seguridad Social” y del área de “Derecho Público”, quienes me orientaron desde el principio en el estudio del derecho y en la ardua profesión de la abogacía.
2. A la Universidad de Nariño, por garantizar una educación fundamentada en principios básicos de convivencia, y por formar excelentes profesionales para el progreso de la región y de nuestro país.
3. Al doctor FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA, mi tío y amigo, por haber creído y depositado su confianza en mi, y por darme la oportunidad de relacionarme y profundizar mis conocimientos en la difícil y exigente actividad del litigio.
4. Al doctor LUIS ARTURO LAGOS PANTOJA, por su gran espíritu de colaboración en el desarrollo de este trabajo y por sus enseñanzas a lo largo de mi carrera.
5. A toda mi familia, a mi novia, a mis amigos y compañeros que de una u otra forma me motivaron, apoyaron y colaboraron en el desarrollo de esta investigación.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres JOSE BENAVIDES LAGOS y OLGA SOLARTE MAYA, las personas más importantes de mi vida, gracias por su inmensa formación, por su paciencia, por todo el esfuerzo que hicieron para que siguiéramos adelante, a mis hermanos PATRICIA y MARIO, a mis abuelitos DIOGENES, ROSA Y DOLORES, a MAUREN mi novia, a EDGAR y a mi sobrina ANGIE CAROLINA, a mis tíos, primos, amigos y a todas las personas que desde siempre confiaron en mi, a quienes creen en mi, a quienes valoran lo que hago y se preocupan por mi; a quienes respeto y quiero muchísimo, y por quienes vivo y trato de ser cada día mejor.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	17
1. LA VIDA Y LA SALUD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	20
2. LA ACCION DE TUTELA	26
2.1 GENERALIDADES	26
2.2 RESEÑA HISTORICA DE LA ACCION DE TUTELA	27
2.3 LA ACCION DE TUTELA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	28
2.4 MARCO TEORICO Y PROCEDIMIENTO DE LA ACCION DE TUTELA	29
2.5 CRITICA A LA ACCION DE TUTELA	31
3. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	32
3.1 OBJETIVOS DEL SISTEMA	38
3.2 EL SERVICIO PUBLICO DE LA SALUD	38
3.3 AFILIACION AL SISTEMA	39
3.4 PROTECCION QUE BRINDA EL SISTEMA	39
3.5 QUIENES PUEDEN PRESTAR EL SERVICIO	39
3.6 LIBERTAD DEL AFILIADO	40
3.7 ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA	40
3.8 COMPOSICION BASICA DEL SISTEMA	40
3.9 CARACTERISTICAS DEL SISTEMA DE SALUD	40
3.9.1 ¿A quienes cobija el sistema?	40
3.9.2 ¿Cómo se puede realizar la afiliación?	41
3.9.3 ¿Cuáles son los principios del Sistema?	41

3.9.4	¿Cómo se administra el Sistema?	41
3.9.5	¿Cuál es la garantía mínima para los afiliados?	41
3.9.6	¿Cuál es la cobertura de la afiliación?	42
3.9.7	¿Cómo se afilia al grupo familiar?	42
3.9.8	¿Quién es el encargado de afiliar?	42
3.9.9	¿Qué reciben del sistema las E.P.S.?	43
3.10	EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS	43
3.11	FINALIDAD DEL REGIMEN SUBSIDIADO	43
3.12	CASOS EN QUE SE DEJA DE PRESTAR EL SERVICIO	44
3.13	LOS RECURSOS DEL SISTEMA	44
3.14	PRESTACION DIRECTA DEL SERVICIO	44
3.15	VIGILANCIA DEL SISTEMA	45
3.16	RESPONSABILIDADES EN LA SALUD PUBLICA	45
3.17	FINANCIACION DE LA SALUD EN LAS ENTIDADES TERRITORIALES	46
3.18	LOS FONDOS DE SALUD	46
3.19	FUNCIONAMIENTO DEL S.G.S.S.S.	47
4.	EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD	48
4.1	ALCANCES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD	50
4.2	LIMITACIONES DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LAS E.P.S.	52
4.3	CONCEPTOS BÁSICOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD	53
4.4	PERIODOS MINIMOS DE COTIZACIÓN	57
5.	EL "NO-P.O.S."	59
6.	EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS	62
6.1	NATURALEZA DEL FONDO	62
6.2	ESTRUCTURA	62
6.3	INDEPENDENCIA DE LOS RECURSOS DE LAS SUBCUENTAS	63

6.4 ADMINISTRACIÓN DE LAS SUBCUENTAS	63
6.5 DIRECCIÓN DEL FONDO	63
6.6 CONSEJO ADMINISTRADOR	63
6.7 SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD	65
a. Objeto	65
b. Recursos de la subcuenta	65
c. Recursos especiales	66
d. Giro de Recursos	67
e. Relación con el No P.O.S.	69
7. LA ACCION DE TUTELA NO – P.O.S.	70
7.1 EVENTOS NO – P.O.S	71
7.2 ASPECTOS FORMALES Y PROCESALES DE LA ACCION	72
7.2.1 Identificación de las partes	73
7.2.2 Fundamentos fácticos de la acción	73
7.2.3 Consideraciones Jurídico Sustanciales	73
7.2.4 Pretensiones	74
7.2.5 Pruebas	75
7.2.6 Notificaciones Y Direcciones	75
7.3 NUEVAS REGLAMENTACIONES APLICABLES	76
7.4 MODELO DE ACCION DE TUTELA NO P.O.S.	77
8. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL DEL NO P.O.S	78
8.1 SENTENCIA S.U. 819 DE 1999 - CORTE CONSTITUCIONAL	80
8.2 SENTENCIA S.U. 039 DE 1998 - CORTE CONSTITUCIONAL	92
8.3 SENTENCIA S.U. 480 DE 1997 - CORTE CONSTITUCIONAL	97
8.4 PRINCIPALES CASOS DE NO POS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	101
8.4.1 Medicamentos	101

8.4.2	Periodos mínimos de cotización	103
8.4.3	Sida y enfermedades catastróficas	106
8.4.4	Conflictos económicos en la prestación de servicios.	108
8.4.5	Tratamiento psicológico o psiquiátrico	108
8.4.6	Casos especiales	109
9.	CONCLUSIONES	112
	BIBLIOGRAFÍA	116
	ANEXO: MODELO DE ACCION DE TUTELA NO P.O.S.	122

TERMINOS ESPECIFICOS

DERECHO: facultad de hacer una cosa no prohibida o de hacer o exigir todo lo que la ley o la autoridad establece en nuestro favor o nos permite quien puede hacerlo: derechos humanos, conjunto de facultades y garantías que cualquier persona debe tener para proteger su integridad física y su dignidad moral.

SALUD: estado del ser orgánico que ejerce normalmente todas las funciones, salud mental es el estado de equilibrio psíquico en que las funciones de percepción e interpretación de las sensaciones propias y del mundo exterior se realizan de forma adecuada.

S.G.S.S.S.: es el Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en Colombia mediante la ley 100 de 1993.

P.O.S.: plan obligatorio de salud, o conjunto de servicios médico-asistenciales que las Entidades Promotoras de Salud - E.P.S. se comprometen a prestar a sus afiliados y beneficiarios en virtud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

NO-P.O.S.: conjunto de servicios de salud que las Entidades no se obligan a suministrar, bien sea por que su prestación no se considera fundamental para el restablecimiento de la salud y la vida de las personas, o porque son de alto costo y desequilibran su relación contractual con el Estado.

JURISPRUDENCIA: enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernativas o judiciales. Norma de juicio que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos.

RESUMEN

Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en Colombia por la Ley 100 de 1993, se establece que las personas que se encuentran en el sistema tienen derecho a la prestación de un Plan Obligatorio de Salud – P.O.S. Sin embargo, hay controversia cuando se requieren servicios médicos que no están incluidos en el P.O.S., por lo cual se recurre a la Acción de Tutela como un instrumento jurídico idóneo, para que mediante la tutela de los derechos a la salud y a la seguridad social en conexión con derechos fundamentales como la vida y la dignidad humana, se logre obtener una adecuada prestación de servicios médicos. En este trabajo se analiza la viabilidad de la Acción de Tutela No POS, su contenido formal y sustancial teniendo en cuenta el marco jurídico e institucional colombiano, para concluir con un modelo adecuado de esta acción.

Finalmente se hace un análisis jurisprudencial como sustento de los contenidos anteriores, donde se verifica el alcance de la “Acción de Tutela No- POS”, haciendo énfasis en el aspecto fáctico, es decir en el caso concreto, resaltando los principales pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional de Colombia.

SUMMARY

Inside the General System of Social Security in Health settled down in Colombia by the Law 100 of 1993, settles down that people that are in the system are entitled to the benefit of a Obligatory Plan of Health - P.O.S. however, there is controversy when medical services are required that are not included in the P.O.S., reason why it is appealed to the Help Action as a suitable juridical instrument, so that by means of it protection her from the rights to the health and the social security in connection with fundamental rights as the life and the human dignity, be possible to obtain an appropriate benefit of medical services. In this work the viability of the Help Action is analyzed, its formal and substantial content keeping in mind the Colombian juridical and institutional mark, to conclude with an appropriate model of this action.

Finally it is made an analysis of precedents like sustenance of the previous contents, where the reach of the Help Action is verified, making emphasis in the facts, that is to say in the concrete case, standing out the main pronouncements of the Honorable Constitutional Court of Colombia.

INTRODUCCIÓN

Esta monografía jurídica ha sido realizada con el objeto de cumplir con uno de los requisitos para optar al título de abogado de la Universidad de Nariño, y está encaminada a facilitar la comprensión de lo que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido por la Ley 100 de 1993 se ha denominado el "No P.O.S.", es decir aquellas situaciones que no son cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud. Principalmente analizaremos como los Colombianos en defensa de sus derechos fundamentales a través de la Acción de Tutela consagrada en la Constitución Política de 1991 han logrado la atención a sus distintas necesidades en los servicios de salud, llenando en cierta forma los vacíos dejados por un sistema que prácticamente había comercializado la salud en nuestro país.

Resulta conveniente recordar que la salud en Colombia, se ha visto afectada por muchos aspectos negativos como son por ejemplo el aspecto económico, la mala administración de los recursos, la corrupción, y la falta de cobertura de la prestación del servicio de salud, responsabilidad que hoy en día corre a cargo del Estado, y que por virtud de la ley 100 de 1993 se trasladó a los particulares que prestan los servicios de salud en Colombia como son las E.P.S. , las A.R.S. y las I.P.S., donde el Estado ya no tiene el manejo absoluto del sistema y la Salud se ha transformado en un factor de comercialización, es decir que se ha convertido en un "negocio".

En el evento de la prestación de los servicios de salud a cargo de los particulares, quienes lo hacen en nombre y representación del Estado, la prestación de la salud se ha visto viciada por las dificultades que implica la relación "calidad - costos", en un sistema donde las entidades - E.P.S. - buscan ser rentables y obtener la mayor utilidad a costa de los beneficiarios, perdiendo por completo el fin ideológico del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, y sacrificando la salud

de las personas y vulnerando en esencia los derechos fundamentales a la Vida y a la Dignidad Humana.

Es entonces cuando se hace necesario el establecimiento de una acción idónea que permita el restablecimiento de la salud de las personas y su reclamo ante las entidades prestadoras del servicio, una acción que por vía jurisprudencial se ha considerado que debe ser la Acción de Tutela, por su efectividad, por su facilidad de acceso y presentación, y por ser en sí la acción específica de protección de los Derechos Fundamentales.

La verdad, es que es preocupante el desconocimiento de la sociedad sobre el tema de la Seguridad Social en Salud y de la "Acción de Tutela No-P.O.S"., pues la investigación deja índices realmente alarmantes: En la Capital del Departamento de Nariño, el 70% desconoce que es y como funciona el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el 23% sabe algo de la ley 100 de 1993, el 41% conoce la Acción de Tutela, y solo un el 17% conoce someramente acerca del Plan Obligatorio de Salud.

Tratando en cierta forma de rescatar el valor humano de la profesión de abogado, se pensó en realizar un trabajo que sirviera no solo como un requisito de grado, sino como una fuente de consulta al servicio no solo del Estado, ni de la Universidad, ni tampoco únicamente de los estudiosos del derecho sino de la comunidad en general, utilizando un lenguaje no estrictamente técnico- jurídico, es decir en lo posible hacerlo comprensible a la comunidad.

En este sentido se desarrolló una labor de recolección de información basada en encuestas, material bibliográfico, Internet, doctrina y jurisprudencia sobre los distintos temas a tratar, por lo cual no solo quise referirme a la "Acción de Tutela No-P.O.S." como una especialidad de la Seguridad Social, sino que iniciando con los fundamentos de la salud y la vida en el Estado Social

de Derecho se desarrolló un proceso hasta concluir con el objeto principal del trabajo y su desarrollo jurisprudencial.

Es decir; a continuación se observará que partiendo de los fundamentos de la vida en el Estado Social de Derecho daremos un vistazo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, para empezar por comprender lo que significa o constituye el "No P.O.S."; y posteriormente se hará un análisis de la Acción de Tutela para explicar el concepto de la que he denominado "Acción de Tutela No P.O.S." donde básicamente se analizan los aspectos controversiales de este instrumento, como su presentación, su procedibilidad, sus requisitos, su fundamento jurídico, sus pretensiones, etc., incluso proponiendo un modelo de esta, para concluir que esta acción ha sido, es y sigue siendo el instrumento jurídico idóneo para obtener una adecuada prestación de los servicios de salud en nuestro país.

Posteriormente en desarrollo de un análisis jurisprudencial del "No P.O.S."; se hace un recuento de los principales pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, y comprobando que todos ellos sin excepción corresponden a Sentencias de Tutela, lo cual justifica este instrumento como una vía judicial de fácil acceso en aras de obtener la protección de la salud que no es otra cosa que la vida misma. Además demostrando el precedente existente sobre estos aspectos y que pueden perfectamente invocarse como fundamento en acciones futuras sobre casos similares.

Finalmente se presentan las conclusiones finales que servirán como sustento de la investigación realizada. De tal manera se podrá verificar la utilidad de la información contenida en este trabajo, pudiendo validamente sacar sus propias conclusiones y experiencias.

1. LA VIDA Y LA SALUD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Dentro de las necesidades básicas que el Estado debe garantizar a las personas, se encuentra la Salud, que no es otra cosa que la vida misma, término definido como "estado en que el ser humano ejerce con normalidad todas sus funciones"¹, una definición amplia que nos indica que el ser humano como tal necesita de unas condiciones mínimas para subsistir, que implican no solamente una salud física u orgánica sino una salud espiritual o intelectual, que son factores con los cuales el hombre debe desarrollarse íntegramente y producir frutos como el trabajo y el conocimiento, los cuales garantizarán no únicamente su subsistencia sino el bienestar de la colectividad. El Estado Social surgió como un proceso de estructuración de la Sociedad por el Estado. De ahí la importancia de precisar sus fines y valores principales. Como valores básicos en el Estado democrático – liberal, se encontraban la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. En cambio en el Estado social democrático y libre se tiene en cuenta éstos valores, y además se pretende hacerlos más efectivos a través de una base y un contenido material, sosteniendo que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino que tienen una implicación recíproca, de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro.

De esta manera, encontramos que no se puede hablar de libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real; por decir algo, en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, en cambio ahora se piensa que la dignidad humana se materializa en supuestos socioeconómicos, y que es una condición para el ejercicio de la libertad.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Vigésima Primera Edición, 1994.

En los últimos años se ha visto una propiedad individual limitada por los intereses generales de la comunidad ciudadana y como otras formas de propiedad por quienes participan en hacerla productiva, es decir, de los obreros y los empleados. Vemos igualmente como la seguridad formal se ha ido materializando frente a la necesidad económica permanente a través de las instituciones como **el salario mínimo, la seguridad de empleo, la de atención médica, etc.** y vemos que la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley deben ser complementadas con la seguridad de unas condiciones vitales mínimas y con una corrección de las desigualdades económico-sociales.

Con el paso de los años los seres humanos han vivido las múltiples transformaciones sociales; mientras en un Estado tradicional se hablaba de justicia conmutativa, hoy en día se habla de justicia distributiva en el Estado Social; un estado distinto que distribuye bienes jurídicos de contenido material; un Estado gestor a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma (predominio de los decretos-leyes, leyes medidas, etc.); y con base en una justicia legal material. Hoy se habla de los derechos fundamentales, pero estos deben ser garantizados, y lo único que puede asegurar la vigencia de esos valores sociales es la acción del Estado y la adopción de mecanismos institucionales. Es así como en el Estado Social de Derecho se trataba de proteger a la sociedad por la acción del Estado; de tal manera que Colombia a la luz de la Constitución Nacional es un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional.

Como lo enseña el profesor Manuel García Pelayo², bajo éstos supuestos, el **Estado Social**, ha sido designado por los alemanes por el Estado que se responsabiliza por la “**procura existencial**”, concepto que se puede resumir de la siguiente manera: El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones, de bienes y servicios materiales e

² GARCIA PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Bogotá: Centro de Estudios Constitucionales. 2000.

inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia designadas como espacio vital. Dentro de éste espacio hay que distinguir, de un lado, el espacio vital dominado, o sea aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo, o, lo que es igual, el espacio sobre el que ejerce señorío (que no tiene que coincidir necesariamente con la propiedad) y, de otro lado, el espacio vital efectivo constituido por aquel ámbito en el que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío. Así por ejemplo, el pozo de la casa o de la aldea, la bestia de carga, el cultivo de su parcela por el campesino o la distribución de los muebles en la propia vivienda, pertenecen al espacio vital dominado; el servicio público de aguas, los sistemas de tráfico o telecomunicación, la ordenación urbanística, etc; pertenecen al espacio vital efectivo. La civilización tecnológica ha acrecido constantemente el espacio vital efectivo, al tiempo que ha disminuido no menos constantemente el espacio vital dominado o, dicho de otro modo, el individuo ha perdido crecientemente el control sobre la estructura y medios de su propia existencia. Esta necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que carece de poder de ordenación y disposición directa, produce la "menesterosidad social", es decir, la inestabilidad de la existencia.

Consecuencialmente es dable afirmar que al Estado como una de sus principales cargas, le corresponde la **responsabilidad de procura existencial de sus ciudadanos, es decir, llevar a cabo las medidas que aseguran al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo**, tarea que rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como la de política social.

La procura para la existencia, rectamente entendida significa **crear las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades de la personalidad a través de la iniciativa y de la capacidad creadora y competitiva en las que se patentiza la autodeterminación del hombre. La procura existencial no se agota en las medidas a favor de las clases**

económicamente débiles, sino que se extiende a la generalidad de los ciudadanos, ya que a todos alcanza la incapacidad para dominar por si mismos sus condiciones de existencia, es decir, la menesterosidad social en el sentido amplio del concepto. Claro está, que lo anterior signifique que la menesterosidad sea igualmente acuciante para todos los grupos y estratos de la sociedad, y por consiguiente, unas colectividades deben ser objeto de mayor atención que otras. Pero aún en éste caso, los efectos de ésta procura existencial especificada de la política social en el sentido restringido de la expresión, no se extienden solamente a sus beneficios inmediatos, es decir, a los estratos inferiores de la sociedad, sino que se extiende directa o indirectamente a todas las capas de la sociedad y, en última instancia, a la estabilidad del sistema neocapitalista o al menos, a la garantía de que su transformación hacia formas sociales tendría lugar por un proceso agregativo, y por tanto, sin bruscas transformaciones.

Las medidas concretas de la procura existencial son algo variable dependiente de las distintas circunstancias, situaciones y coyunturas. Pero a pesar de todo, podemos considerar que incluye lo siguiente: a) El desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales es imposible el despliegue de la vida humana en la civilización de nuestro tiempo. b) La seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional. Antes la defensa de la sociedad nacional se centraba capitalmente en la defensa exterior y en la defensa interna frente al delito de la subversión. Hoy ha de analizarse la defensa frente a las contingencia y necesidades económicas globales, frente al deterioro del ambiente natural, frente al agotamiento de los recursos naturales, frente a la radicalización y extensión de los antagonismos en el seno de la sociedad nacional, obviamente la seguridad social y la salud, etc. c) La realización de una serie de prestaciones sociales que preferiblemente deben estar no solo proclamadas, sino también garantizadas por los textos constitucionales. Pero sin que tal condición sea absolutamente necesaria para la existencia real del Estado social, del mismo modo que la Francia de la III República era considerada como un Estado liberal, aunque su constitución carecía de una declaración de derechos, incluso en nuestro tiempo,

la misma República Federal de Alemania, que como sabemos, se define como Estado social, carece de una formalización constitucional de derechos económicos y sociales. Entre este tipo de prestaciones vale señalar: La fijación de un salario vital mínimo con independencia de la clase de ocupación y destinado a ser revisado de acuerdo con la coyuntura económica nacional; la procura de un puesto de trabajo para todo ciudadano útil, para lo cual ha de desarrollarse una política de pleno empleo; la atención para los que estén incapacitados para el trabajo temporal o permanente: obreros de industrias decaídas, paro coyuntural, ancianos, niños, deficientes mentales, etc; función tanto más importante en éstos tiempos de crisis de las estructuras tradicionales de la familia y de las formas comunitarias que antes cuidaban de las gentes desvalidas; finalmente el acrecentamiento de las condiciones vitales de la población y especialmente de las masas de empleados y obreros, mediante una justa distribución de ingresos a todos los niveles de acuerdo con la coyuntura económica; mediante el creciente acceso a los bienes culturales, y mediante la expansión y el perfeccionamiento de los servicios sociales a través, principalmente, de sistemas de seguros, como se presta la Seguridad Social.

Las personas desarrollamos nuestra actuación en un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales que ha sido designado a veces como espacio vital y en el que se distingue entre: a) el espacio vital privado: aquel que el individuo controla y en el que puede actuar por su cuenta (domicilio particular por ejemplo); y el espacio vital efectivo, en creciente expansión a costa del espacio vital privado, que es aquel en el que el individuo realiza fácticamente su existencia, pero sobre el que no dispone de facultad de control absoluto o prioritario (la urbe, la vivienda, los servicios públicos, etc...). Esta necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que se carece de poder de ordenación individual puede producir una situación de inestabilidad que recibe el nombre de menesterosidad social. El desarrollo tecnológico es uno de los factores que más inciden en este proceso, directa o indirectamente. Una de las funciones del estado debe ser articular hasta cierto punto las medidas de solidaridad social

tendientes a garantizar la **procura existencial** de sus ciudadanos (en el sentido de asegurar a cada una las posibilidades de existencia que no pueden ser aseguradas sólo por uno mismo). Esta intervención es tan indispensable para luchar contra las desigualdades como necesariamente limitada a la creación de las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades de la personalidad humana (promover la igualdad de oportunidades y la autonomía personal, garantizar un entorno social y natural adecuado, evitar la discriminación, luchar contra la pobreza, etc.) evitando sustituir a la sociedad civil; en otras palabras, se trata de democratizar al estado frente a las tendencias estatalizadoras.

En conclusión, podemos considerar la **procura existencial** no únicamente como un fin esencial del Estado Social de Derecho, sino como la base sobre la cual se edifica y estructura todo el ordenamiento jurídico que respalda los derechos fundamentales, incluyendo el marco constitucional que regula instituciones como la propia Acción de Tutela; es el fin primordial del Estado que envuelve la protección de la vida misma, y que a su vez involucra al Sistema General de Seguridad Social en Salud como el mecanismo a través del cual el Estado garantiza al menos formalmente, la procura existencial.

Se debe tener en cuenta que la **procura existencial** es un término muy amplio, que incluye varios factores de la subsistencia humana, la cual se constituye como un conjunto de instrumentos, estrategias y programas dirigidos a crear condiciones mínimas para el desarrollo de los individuos y la garantía de sus derechos fundamentales. De ahí que es muy importante conocer este aspecto para entrar a estudiar la problemática planteada con el estudio de la Acción de Tutela No - P.O.S., ya que la procura existencial juega un papel primordial no sólo en la responsabilidad del Estado de garantizar la Seguridad Social sino también en la concepción de la Acción de Tutela y del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la ley 100 de 1993.

2. LA ACCION DE TUTELA

2.1. GENERALIDADES.

En torno de la Acción de Tutela consagrada en la Constitución Política de 1991 en el artículo 86, y posteriormente desarrollada en los Decretos 2191 y 306 de 1992 principalmente, se han producido las más disímiles opiniones que van desde la alabanza hasta el vituperio, por lo cual se deben precisar algunos conceptos como:

- Que la acción de tutela no puede ser un problema técnico jurídico; es decir que no puede ser objeto de discusión formal.
- La acción de tutela como mecanismo para evitar algunos casos de desbordamientos de poder; que garantice el cumplimiento de la Constitución y la Ley en cuanto a la protección de los derechos fundamentales.
- La persona humana como punto de partida insustituible; o sea que en el fondo lo que se debate es la relación del Estado con la persona humana.

Lo anterior con fundamento en que el Estado a través de la Acción de Tutela ha reconocido que su estructura de fuerza coercitiva brutal y sutil, doblega, avasalla, domina y somete a los ciudadanos, visto desde otra cara, representa la impotencia del ciudadano frente al Estado, simboliza la más absoluta precariedad del hombre concreto frente a las instituciones del poder estatal.

Básicamente, la Acción de Tutela es una acción propia del Derecho Público, derivada

exclusivamente del Derecho Constitucional, y es tal su importancia en la actualidad, que además de ser una acción que garantiza el respeto por los Derechos Fundamentales ante una eventual vulneración o amenaza, todas aquellas controversias que no tienen un trámite definido en la ley y que requieren la intervención de los jueces para evitar un perjuicio irremediable se dirimen mediante la Acción de Tutela, casos como los tratamientos, medicamentos y procedimientos fuera del Plan Obligatorio de Salud - P.O.S.

2.2 RESEÑA HISTORICA DE LA ACCION DE TUTELA.

Es demasiado larga la historia de la relación entre Estado-ciudadano, pues se han librado grandes y cruentas luchas, para encontrar espacios de protección para el ciudadano y como fruto de las mismas, se creó el Derecho, y el Derecho Constitucional como parámetro donde el poderoso Estado ejercería su dominio.

Es así como surge la Acción de Tutela, que en su interpretación técnico jurídica no tiene una historia muy larga; siendo precisos, los grandes momentos de su evolución son: La Carta Magna de 1215, su confirmación de 1297, la Petición de Justicia de 1627 y el Bill of Rights del 13 de febrero de 1688, todas en Inglaterra.

En orden cronológico, la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de enero de 1776, la Declaración de Derechos de Massachussets de 1780 y la Constitución de 1787, estas últimas en Estados Unidos. Posteriormente la Declaración de los Derechos del hombre y el Ciudadano del 4 de agosto de 1789 en Francia. Finalmente, la Constitución de Yucatán en México en 1841 y las Actas de Reforma de 1857.

Pero para hablar del tema que nos ocupa, deberíamos estudiar ampliamente las transformaciones de esta Acción a través de la historia, ya que su evolución propia se inicia incluso desde Grecia y Roma, pasando por la Justicia Mayor y Los Procesos Forales de Aragón, en la edad media, las Provisiones de Oxford, el Derecho de Habeas Corpus de 1627, y el famoso antecedente Marbury vs. Madison que consagra el principio de defensa judicial de la supremacía de la Constitución en el Derecho norteamericano.

Nuestra historia no se rige estrictamente por estos grandes momentos históricos, pues centralmente la Acción de Tutela cobra su vida como institución en el Derecho Colombiano a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, y esta acción es reglamentada posteriormente por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, encaminada esencialmente a la protección de los Derechos Fundamentales consagrados en el Título II de la Carta; fundamentándose en el modelo de Estado Social de Derecho establecido en Colombia en ese entonces.

Es así como partiendo de la base de los fines del Estado Social de Derecho, se debe partir para analizar la importancia que tiene la Acción de Tutela dentro del marco jurídico del derecho Colombiano.

2.3 LA ACCION DE TUTELA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

La Acción de Tutela que en sus inicios se instituyó en las legislaciones como una "Acción de Amparo", surgió como consecuencia de la lucha del hombre por conquistar el reconocimiento y respeto por los Derechos Humanos, los cuales como se conoce por la historia, surgieron a raíz de la Revolución Francesa.

En Colombia, la Acción de Tutela se establece como una institución de rango Constitucional, pues al establecer el modelo de Estado Social de Derecho, se hacía necesario el establecimiento de una acción que permitiera y garantizara la protección y respeto de los Derechos Fundamentales, que en esencia no son cosa distinta a los Derechos Humanos declarados universalmente. Colombia como Estado Social de Derecho, se fundamenta en principios como el respeto de la dignidad humana, el trabajo, y la prevalencia del interés general sobre el particular (Art. 1 C.N.). Sin embargo, su principal fundamento se encuentra en el respeto por los Derechos Fundamentales enunciados en el Capítulo 1 Título II, donde se destaca en el artículo 11 la Vida, no solo como uno de los derechos fundamentales sino como el pilar sobre el cual se edifican los demás derechos fundamentales, económicos y culturales.

Igualmente debemos destacar que en el artículo 48 de la Constitución de 1991, se establece a la Seguridad Social como un Servicio Público a cargo del Estado, en base a principios como la eficiencia, universalidad y solidaridad. Más aún, en el artículo 49 de la Carta Política se garantiza la Salud a las personas en los términos que sean reglamentados por la ley.

2.4 MARCO TEORICO Y PROCEDIMIENTO DE LA ACCION DE TUTELA.

Del estudio sistemático del artículo 86 de la Constitución Política que consagra la Acción de Tutela, y de sus Decretos reglamentarios como el Decreto 2591 de 1991 y 306 de 1992, podemos extractar que La Acción de Tutela puede ser interpuesta por cualquier persona, en cualquier momento y lugar; que se dará un procedimiento preferente y sumario a su trámite, y su objetivo principal es la protección efectiva de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad. El fallo de la Acción de Tutela es de obligatorio e inmediato cumplimiento, y puede ser impugnado ante el juez competente.

Igualmente se establece que esta acción solamente procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Entre la solicitud de tutela y su resolución no pueden transcurrir más de 10 días. La ley debe establecer los casos en que esta Acción de Tutela proceda contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta vulnere el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Lo anterior nos indica que la Acción de Tutela es procedente aún más cuando se trata del derecho fundamental a la vida, representado en el Derecho a la salud y a la Seguridad Social, en donde básicamente se ha realizado un avance en torno a la adecuada prestación de los servicios de salud, de ahí que sea importante definir que cuando se protege el derecho fundamental de la vida, puesta en juego con la indebida prestación de los servicios de salud, se debe utilizar la Acción de Tutela como un medio definitivo, obviamente para evitar un perjuicio irremediable o más gravoso a la integridad humana.

La implementación de la Acción de Tutela como mecanismo idóneo para garantizar la prestación de los servicios de salud, se dio tal vez por la ausencia de un instrumento específico que permitiera realizar las gestiones y reclamos ante las entidades responsables de la Seguridad Social en Salud en Colombia, razón por la cual existen múltiples pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional como máximo organismo en asuntos de tutela sobre los diferentes aspectos que deben aclararse sobre la Seguridad Social en Colombia, como lo es por ejemplo el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Plan Obligatorio de Salud objeto de nuestro estudio.

La aplicación o implementación de la Acción de Tutela para obtener una adecuada prestación de los servicios de salud, representa indudablemente una garantía al derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana, aspectos estos concebidos como fines primordiales del Estado Social de Derecho.

2.5 CRITICA A LA ACCION DE TUTELA.

En cuanto al trámite de la Acción de Tutela, se han presentado ciertas dificultades como son por ejemplo la congestión de los despachos judiciales, la dificultad para la práctica de pruebas, la falta de estudio de los jueces frente a un caso particular por la falta de tiempo, el desconocimiento de la gente en cuanto a la presentación, trámite, argumentación y técnica jurídica de la Acción de Tutela, el hecho de exigir presentación personal, igualmente la limitación a presentar esta acción como apoderados a los estudiantes de consultorios jurídicos etc.

Pese a que la acción de tutela establece un trámite especial y en términos muy reducidos, existe una dificultad relativa a la celeridad que requiere el trámite de esta acción cuando se refiere al Derecho a la Vida, por ejemplo en la acción que se refiere a la prestación de los servicios de salud, donde está en "juego" la vida misma, debería al menos considerarse la posibilidad de un pronunciamiento rápido, serio y sobre todo que permita acceder a estos servicios de manera real, y para lograrlo obviamente se necesita la fundamentación teórica y práctica que de seguridad en cuanto a los resultados se refiere, es decir, que se debe precisar de manera concreta en la demanda de tutela: los hechos, la argumentación y las pretensiones, a quien se tutela, lo que se pide, los fundamentos jurídicos, las pruebas que se pretende hacer valer, etc.

3. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

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

El artículo 48 de la Carta Política reconoce a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Así mismo, se trata de un derecho irrenunciable de todos los habitantes. El artículo 49 de la Constitución dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, que se garantiza a todas las personas en cuanto al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Agrega el precepto que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La Seguridad Social en Salud fue concebida en la Ley 100 de 1993 como un sistema destinado a regular el servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general. Para ello, el Estado debería crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, ampliando progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud y garantizando la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del país. Obligación ésta que en los términos de los artículos constitucionales 48 y 49 no sólo corresponde al Estado en la

medida en que el beneficiario del servicio no cuente con los recursos necesarios para sufragarlos, sino igualmente a toda persona en la medida en que debe procurar el cuidado integral de su salud.

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

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

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

se financia con recursos provenientes, entre otros, del Fondo de Solidaridad y Garantía, una de cuyas subcuentas independientes corresponde a la solidaridad del régimen de subsidios en salud.

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

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

Conforme lo define el artículo 2o. del decreto 806 de 1998, el marco constitucional previsto en los artículos 48, 49 y 335 de la Carta Política deriva en la necesaria distinción entre la seguridad social como servicio público esencial y como servicio privado de interés público.

La seguridad social en el ámbito de la salud como servicio público esencial, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución, representa el deber que tiene el Estado de garantizar en forma efectiva, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el acceso a los servicios de

salud, con el propósito de mantener o recuperar la salud de las personas y evitar el menoscabo de la capacidad económica de la población.

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

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

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

El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador.

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

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

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

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

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

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

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

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

como participaciones y transferencias por concepto del impuesto de renta sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana.

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

3.1. OBJETIVOS DEL SISTEMA

Los objetivos generales del sistema general de seguridad social en salud, SGSSS, son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso a la población al servicio en todos los niveles de atención. El sistema general de seguridad social en salud es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a garantizar a toda la población el servicio público esencial en salud.

3.2. EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

La prestación de los servicios de salud, es un servicio público esencial a cargo del Estado, gratuito y obligatorio en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional, administrado en asocio con las entidades territoriales, sus entes descentralizados y las personas privadas autorizadas para el efecto.

La Corte Constitucional, en numerosas sentencias ha protegido el derecho a la salud mediante la acción de tutela cuando éste se encuentra en conexión con el derecho a la vida. En desarrollo de los mandatos constitucionales y legales, el Estado debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

3.3. LA AFILIACIÓN AL SISTEMA

La afiliación al sistema de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes de Colombia, y además debe cobijar a los miembros de la familia, a partir del primero de enero de 1995.

3.4. PROTECCIÓN QUE BRINDA EL SISTEMA

El sistema de seguridad social en salud, debe brindar atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en la ley, respecto del plan obligatorio de salud.

3.5. QUIÉNES PUEDEN PRESTAR EL SERVICIO

La ley 100, crea un sistema competitivo de instituciones para proveer a todos los colombianos, de cualquier condición social y económica, un plan integral de salud.

3.6. LIBERTAD DEL AFILIADO

El sistema general de seguridad social en salud permite la participación de diferentes entidades que

ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado, y asegura a los usuarios, libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible.

3.7. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA

La organización del sistema deberá ser descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. La prestación de servicios de salud también deberá organizarse en forma descentralizada, con niveles de atención y con participación de la comunidad.

3.8. COMPOSICIÓN BÁSICA DEL SISTEMA

El Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentra integrado de la siguiente manera:

Sector Público: Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud IPS públicas, ESS, ESE. Y Fondo de solidaridad y garantías de salud - FOSYGA.

Sector Privado: EPS, ARS, IPS.

3.9 CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE SALUD

3.9.1. ¿A quienes cobija el Sistema? Todos los habitantes de Colombia, deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio.

3.9.2. ¿Cómo se puede realizar la afiliación? La afiliación podrá ser individual o colectiva, a través de las empresas, las agremiaciones, o por asentamientos geográficos. El carácter colectivo de la afiliación, será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre entidades promotoras de salud.

3.9.3. ¿Cuáles son los principios del Sistema?

- ✓ Cobertura Universal (Régimen contributivo y subsidiado).
- ✓ Equidad (Igualdad en las prestaciones).
- ✓ Protección integral (Todas las fases).
- ✓ Libre escogencia (EPS; IPS).
- ✓ Descentralización administrativa.
- ✓ Participación social.
- ✓ Calidad.
- ✓ Cobertura familiar.

3.9.4. ¿Cómo se administra el sistema? El sistema tiene dos tipos de destinatarios de los servicios de salud:

- ✓ Las personas afiliadas, como contribuyentes al régimen contributivo o bien como beneficiarios al régimen subsidiado.
- ✓ Las personas vinculadas o participantes, que son las personas que sin tener la calidad de beneficiarios del régimen subsidiado, temporalmente pueden recibir los servicios.

3.9.5. ¿Cuál es la garantía mínima para los afiliados? Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, recibirán como mínimo un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, denominado plan obligatorio de salud.

La prestación más importante para el afiliado es el Plan Obligatorio de Salud, éste plan suministra en cuidado médico básico para afiliado, incluyendo tratamiento preventivo, médico-quirúrgico y medicamentos esenciales.

3.9.6. ¿Cuál es la cobertura de la afiliación? Todos los miembros que componen el grupo familiar deberán estar afiliados a una misma entidad promotora de salud. M cuando varios miembros de un grupo familiar, estén vinculados a la fuerza laboral mediante contrato de trabajo, como servidores públicos o trabajadores independientes, o tengan la calidad de pensionados, cada uno de ellos deberá cotizar para garantizar la solidaridad de todo el sistema. No, los miembros del grupo familiar también tienen el derecho a la prestación del servicio, por ser una característica del sistema de la cobertura familiar.

3.9.7. ¿Cómo se afilia al grupo familiar? Los familiares deberán inscribir ante la entidad promotora de salud EPS, a cada uno de los miembros que conforman su grupo familiar.

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

3.9.8. ¿Quién es el encargado de afiliar? Las entidades promotoras de salud, EPS, tendrán a su cargo la afiliación de personas con diferentes tipos de riesgos de salud en uno u otro régimen del sistema, el recaudo de las cotizaciones, facilitar la compensación con el fondo de solidaridad y garantía, hacer un uso eficiente de los recursos de la unidad de pago por capitación, UPC, y la organización de la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS. Las

entidades promotoras de salud, podrán prestar servicios del Plan obligatorio de Salud, POS, a sus afiliados directamente o por la contratación con instituciones prestadoras de servicio de salud, IPS, con profesionales independientes o con grupos de práctica privada, debidamente constituidos.

3.9.9. ¿Qué reciben del sistema las EPS? Por la prestación de los servicios del plan obligatorio de salud, las entidades promotoras de salud, EPS, recibirán de sistema por cada uno de los afiliados, un valor fijo anual, que se denomina unidad de pago por capitación, UPC, siempre y cuando el grupo familiar haya pagado las cotizaciones correspondientes. Dicho valor se fijará en función de la edad, sexo y localización geográfica de los afiliados, y se ajustará anualmente de conformidad con lo que se establezca en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Este es el valor que el Estado reconoce a las EPS, por la prestación del servicio de salud.

3.10. EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS

Tiene por objeto facilitar la ampliación de la cobertura en salud, garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en la ley. Para los mismos fines, las entidades locales y distritales podrán organizar fondos de salud que utilicen como unidad de referencia la comuna o el corregimiento.

Así mismo podrán crear fondos especiales de suministros y medicamentos, en cada unidad de prestación de servicios.

3.11. FINALIDAD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO

El régimen subsidiado de salud, ha sido creado con el fin de asegurar el ingreso al sistema en

condiciones equitativas de los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana.

3.12. CASOS EN QUE SE DEJA DE PRESTAR EL SERVICIO

El no pago de la cotización correspondiente produce la suspensión inmediata de la afiliación y por tanto, los accesos a los servicios que ofrece el sistema. No hay otros casos.

3.13. LOS RECURSOS DEL SISTEMA

El sistema de Salud está conformado por dos regímenes de afiliación y financiación: el régimen contributivo, al cual deberá estar afiliada la población laboral del país; y el régimen subsidiado, al cual deberá estar afiliada la población que no pueda sufragar el costo total o parte del costo del servicio.

3.14. PRESTACIÓN DIRECTA DEL SERVICIO

Las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud, están constituidos en Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – I.P.S., públicas y privadas, comunitarias y solidarias, organizadas con esta finalidad.

Las entidades promotoras de salud E.P.S. deberán en la mayoría de casos contratar con las diferentes I.P.S. de acuerdo a la especialidad de cada una de ellas, de acuerdo a las necesidades, así por ejemplo, habrán I.P.S. encargadas de hospitalizaciones como las clínicas, otras encargadas de consulta externa, otras de servicio de laboratorios, etc.

3.15. VIGILANCIA DEL SISTEMA

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, S.G.S.S.S., está bajo la orientación, regulación, supervisión , vigilancia y control del Gobierno Nacional y el Ministerio de Salud. Bajo estas consideraciones, se creó el **CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, C.N.S.S.S.**, cuyas funciones principales son:

- ✓ Definir el Plan Obligatorio de Salud – P.O.S.
- ✓ Definir el monto de las cotizaciones, el valor de la U.P.C. y el valor del subsidio en salud.
- ✓ Definir el listado de medicamentos esenciales y genéricos que hacen parte del P.O.S.
- ✓ Criterios para seleccionar beneficiarios del Régimen Subsidiado.
- ✓ Definir el régimen para pago de incapacidades y licencias por maternidad.
- ✓ Definir el régimen de pagos compartidos.
- ✓ Recomendar el régimen tarifario para la prestación de servicios.
- ✓ Ejercer las funciones de Consejo de Administración del FOSYGA.

3.16. RESPONSABILIDADES EN LA SALUD PUBLICA

Las competencias para la prestación pública de los servicios de salud, y la organización de atención en salud en los aspectos no regulados por la ley 100 de 1993, se regirán por normas vigentes, especialmente por la ley 10 de 1990 y 60 de 1993. Las actividades y competencias de salud pública por las disposiciones de la materia, especialmente por la Ley 9ª de 1979 y la Ley 60 de 1993, excepto la regulación de medicamentos que si se regirá por la Ley 100 de 1993. La asignación de responsabilidades en materia de prestación de servicios de salud es de la siguiente manera:

a) **Primer Nivel:** A los Municipios y a los Distritos, la dirección y prestación de servicios de salud del primer nivel de atención, que comprende los hospitales locales, los centros de salud y los puestos de salud.

b) **En los Demás Niveles:** A los Departamentos y a los Distritos Especiales, la dirección y prestación de servicios de salud del segundo y tercer nivel de atención que comprende los hospitales regionales, universitarios, y especializados. La prestación de servicios de atención médica, en el caso del Instituto Nacional de Cancerología, continúa a cargo de la Nación.

3.17. FINANCIACION DE LA SALUD EN LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Los servicios de salud se financiarán con cargo a los recursos destinados para el sector salud en cada entidad territorial, bien se trate de recursos propios, situado fiscal, transferencias, cesiones, participaciones, o de los recursos previstos para el Fondo de Solidaridad y Garantías.

3.18. LOS FONDOS DE SALUD

El objetivo de los fondos de salud es facilitar el eficiente y oportuno recaudo, asignación, contabilización, administración y control de los recursos para financiar la dirección y prestación de servicios de salud por parte de los Departamentos, Distritos y Municipios en su respectiva jurisdicción, de conformidad con los criterios de distribución establecidos en la ley.

3.19. FUNCIONAMIENTO DEL S.G.S.S.S.

Bajo los criterios expuestos anteriormente, podemos explicar el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud de la siguiente manera; teóricamente los Colombianos deben tener

garantizada la Seguridad Social en Salud, sea en virtud de estar afiliados como cotizantes o beneficiarios en el régimen contributivo, o por estar afiliados bajo el régimen subsidiado de salud, que básicamente cubre a la población menos favorecida económicamente hablando es decir a los estratos 1 y 2. Al estar dentro del Sistema, las personas tienen derecho a unos servicios médico asistenciales, los cuales están determinados en un Plan Obligatorio de Salud - P.O.S., que no es otra cosa que el conjunto de beneficios (medicamentos, tratamientos y procedimientos) que las entidades responsables del sistema (E.P.S. o A.R.S. según el régimen) se comprometen a prestar. Por prestar el P.O.S., las entidades (E.P.S. y A.R.S.) reciben lo que se denomina Unidad de Pago por Capitación – U.P.C., determinada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, por el modelo de Estado Social de Derecho, y por ser el Estado el responsable de la Seguridad Social y del respeto por los Derechos Fundamentales, surgió la necesidad de crear un organismo que respondiera por los riesgos del Sistema, para lo cual se creó el Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA, el cual a través de sus diferentes subcuentas garantiza de alguna manera riesgos como accidentes de tránsito y eventos que se encuentran fuera del P.O.S. subsidiado y del P.O.S. del régimen contributivo.

4. EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD

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

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

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

Ahora bien, conforme al artículo 162 de la ley 100 de 1993 y a sus decretos reglamentarios, el Plan Obligatorio está determinado por el conjunto de acciones en salud necesarias para una atención integral del individuo o la familia en las diferentes fases de prevención, diagnóstico,

tratamiento y rehabilitación de la enfermedad general y la maternidad. Implica en principio, como prestación mínima, la atención médica, quirúrgica y farmacéutica que se estime necesaria de acuerdo con las posibilidades de tecnología y medicamentos existentes en el país. Para el caso del régimen contributivo, incluye como componentes especiales las prestaciones económicas por incapacidad derivada de la enfermedad general o la licencia de maternidad.

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

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

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

El P.O.S. o Plan Obligatorio de Salud, se define como el “paquete” de servicios médico-asistenciales que las Entidades Promotoras de Salud - E.P.S. se comprometen a prestar a sus afiliados y beneficiarios. Al existir en nuestro Sistema General de Seguridad Social en Salud dos regímenes: Contributivo y Subsidiado, se establece que el P.O.S. debe ser determinado para cada régimen, por lo cual se habla de P.O.S. para el régimen Contributivo y de P.O.S.S. para el Régimen Subsidiado.

Pese a que la Salud es un derecho que garantiza íntimamente la Vida de las personas, se critica mucho la discriminación de dos clases de Plan Obligatorio de Salud, ya que siendo el Sistema de Salud un sistema integral y solidario en un Estado Social de Derecho, los servicios de salud a que acceden las personas deberían ser los mismos sin importar el régimen por virtud del cual tienen acceso al Sistema.

Según lo establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas reglamentarias, el P.O.S. debe ser determinado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para lo cual esta entidad expidió el **Acuerdo Número 008 de Julio 6 de 1994**, mediante el cual se adopta el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Contributivo, norma que en su artículo 1 define el P.O.S. de la siguiente manera:

“Plan Obligatorio de Salud -POS- Es el conjunto de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al Régimen Contributivo, cuya prestación debe ser garantizada por las Entidades Promotoras de Salud a todos sus afiliados.”

4.1 ALCANCES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD.

Para determinar lo que se denomina “No P.O.S.” es conveniente analizar el alcance del P.O.S.

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

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

Dicho Consejo está adscrito al Ministerio de Salud, como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y tiene dentro de sus funciones, como se anotó, definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado; determinar el monto de la cotización de los afiliados del Sistema; definir el valor de la UPC; establecer el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud, entre otras.

Ahora bien, según el marco legal, a las Entidades Promotoras de Salud les es exigible el conjunto de prestaciones contenido en el Plan Obligatorio de Salud y régimen de prestaciones económicas, de acuerdo con lo establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social, en armonía con las disposiciones legales. Precisamente, el artículo 9o. del Decreto 806 de 1998 que incorpora disposiciones previstas en el derogado decreto 1938 de 1994, prevé, en términos generales, los lineamientos dentro de los cuales el Plan debe ser definido y por ende, garantizado por las

Entidades Promotoras de Salud, con la precisión de que la condición de calidad se sujeta a la tecnología existente en el país y a las condiciones financieras del Sistema.

4.2 LIMITACIONES DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LAS E.P.S.

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

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

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

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

4.3 CONCEPTOS BÁSICOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD

Para entender mejor los servicios que presta y que no presta el Plan Obligatorio de Salud, deben tenerse en cuenta las siguientes definiciones :

- **Actividad** - Es la utilización de un recurso particular, bien sea físico, humano o tecnológico dentro del proceso de promoción y fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.
- **Procedimiento:** Es la secuencia lógica de un conjunto de actividades utilizadas dentro de un proceso de promoción y fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.
- **Intervención:** Es la selección de un conjunto de actividades y procedimientos, acordes con un diagnóstico dentro de un proceso de promoción y fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.
- **Guía de atención integral:** Es el conjunto de actividades y procedimientos más indicados en el abordaje de la promoción y fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad. En ella se definen los pasos mínimos a seguir y el orden secuencial lógico de estos, el nivel de complejidad y el personal de salud calificado que debe atenderlos, teniendo en cuenta las condiciones de elegibilidad del paciente de acuerdo a variables de género, edad, condiciones de salud, expectativas laborales y de vida, como también de los resultados en términos de calidad y cantidad de vida ganada; y con la mejor utilización de los recursos y tecnologías a un costo financiable por el Sistema General de Seguridad Social en Salud y por los afiliados al mismo.

- **Promoción y fomento de la salud:** son aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención de carácter educativo e informativo, individual o colectivo, tendientes a crear o reforzar conductas y estilos de vida saludables y a modificar o suprimir aquellas que no lo sean; a informar sobre riesgos, factores, protectores, enfermedades, servicios de salud, derechos y deberes de los ciudadanos en salud, como también a promover y estimular la participación social en el manejo y solución de sus problemas.

- **Prevención de la enfermedad:** Son aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención cuya finalidad es actuar sobre los factores de riesgo o condiciones específicas presentes en el individuo, la comunidad o el medio ambiente, determinan la aparición de la enfermedad.

- **Prevención primaria:** Actividades dirigidas al individuo que buscan reducir el riesgo de un evento de enfermedad, mediante la disminución del nivel de los factores de riesgo o de la probabilidad de su ocurrencia.

- **Prevención secundaria:** Actividades que van orientadas a una detección temprana, oportuna y efectiva de la enfermedad o a reducir su duración.

- **Prevención terciaria:** Actividades que van orientadas a reducir y minimizar el sufrimiento, la duración, la incapacidad y las secuelas de la enfermedad, lo mismo que a promover la adaptación a condiciones irremediables.

- **Diagnóstico:** Son todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad.

- **Tratamiento:** Son todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que altera el normal funcionamiento individual, familiar, laboral y social del paciente.

- **Rehabilitación:** Son todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer las consecuencias de la enfermedad, que puedan reducir o alterar la capacidad del paciente para desempeñarse adecuadamente en su ambiente familiar, social y laboral.

- **Atención ambulatoria:** Es toda actividad, intervención o procedimiento que se realiza sin necesidad de internar al paciente por un período mayor de 24 horas.

- **Atención por internación :** Es toda actividad, intervención o procedimiento que se realiza con estadía del paciente en un centro de atención de salud por un período superior a veinticuatro (24) horas.

- **Períodos mínimos de cotización:** Es el tiempo transcurrido entre el momento de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y el inicio de la atención para ciertas enfermedades de alto costo en su manejo.

- **Copago:** Es el aporte en dinero que hace el usuario al utilizar un servicio, equivalente a una parte de su valor definido con base en las tarifas para el sector público, y cuya finalidad es contribuir a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- **Cuota moderadora:** Es el aporte en dinero que hace el usuario al utilizar un servicio, en el que su intensidad de uso está relacionada en gran parte con su decisión voluntaria, equivalente a una parte de su valor total, definido con base en las tarifas del sector público y cuya finalidad es regular la utilización y estimular el buen uso del servicio, promover en el paciente el seguimiento de las actividades, intervenciones y procedimientos descritos en las guías de atención que lo conduzcan a mantenerse en condiciones saludables, a recuperar efectivamente su salud y a disminuir o minimizar sus consecuencias.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, expidió el Acuerdo 008 de 1994 con un enfoque de integralidad del Plan Obligatorio de Salud, mediante el cual se brindan educación, información y fomento de la salud, así como diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su presentación genérica, en los diferentes niveles de complejidad.

El Plan Obligatorio de Salud puede ser consultado en el Manual del Plan Obligatorio de Salud establecido mediante Resolución número 5261 del 5 de agosto de 1994 del Ministerio de Salud, que luego fue implementado con el acuerdo 83 de 1997, y adicionado recientemente mediante Acuerdo No. 228 de 2002 – por el cual se actualiza el Manual de Medicamentos, donde se describe según la enfermedad, urgencia, etc. el nivel de atención que puede ser brindado y al cual se obligan las E.P.S., indicando los exámenes, diagnósticos, tratamientos, medicamentos, procedimientos quirúrgicos, al igual que aquellos aspectos sometidos a periodos mínimos de cotización.

4.4 PERIODOS MINIMOS DE COTIZACIÓN

Particular importancia tiene la afiliación al Plan Obligatorio de Salud. De acuerdo con la ley, ésta ha de predicarse no de una determinada EPS, sino del Sistema General de Seguridad Social en Salud y no a una determinada EPS.

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

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

Grupo 1. Máximo 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.

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

Parágrafo 1o. Serán de atención inmediata sin someterse a periodos de espera a las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de salud, prevención de la enfermedad, que se haga en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto,

pauperio, como también el tratamiento inicial y la estabilización del paciente en caso de una urgencia.

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

Parágrafo 3o. Cuando se suspende la cotización al sistema por seis meses continuos, se pierde el derecho a la antigüedad acumulada para efectos de los dispuesto en el presente decreto."

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

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

5. EL NO - P.O.S.

El término "No P.O.S." es utilizado en la academia al igual que en la doctrina y en algunas jurisprudencias para definir aquellas situaciones, o conjunto de servicios de salud que por virtud de lo establecido en el Plan Obligatorio de Salud, las Entidades no se obligan a prestarlos, bien sea por que su prestación no se considera fundamental para el restablecimiento de la salud y la vida de las personas, o porque tienen un costo muy elevado que no compensa las condiciones bajo las cuales estas entidades se hicieron responsables de prestar servicios de salud en Colombia.

Ese conjunto de tratamientos, procedimientos y medicamentos que no cubre el P.O.S. en los dos regímenes, básicamente son definidos en el artículo 7 del Acuerdo 008 de julio 6 de 1994, y son los siguientes:

- a) Cirugía estética o con fines de embellecimiento.
- b) Tratamientos nutricionales con fines estéticos.
- c) Tratamiento para la infertilidad.
- d) Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas a nivel mundial o aquellos de carácter experimental.
- e) Tratamientos o curas de reposo o del sueño.
- f) Medidas elásticas de soporte, corsés, fajas, sillas de ruedas, plantillas, zapatos

ortopédicos, lentes y lentes de contacto.

g) Medicamentos y sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en Manual de Medicamentos y Terapéutica.

h) Tratamientos con drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad.

i) Transplante de órganos . No se excluyen aquellos de reconocida eficacia, como son el transplante renal, de médula ósea, de corazón y de córnea, con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas Guías de Atención Integral.

j) Tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis o psicoterapia prolongada. No se excluye la psicoterapia individual de apoyo en la fase crítica de la enfermedad y solo durante la fase inicial. Tampoco se excluyen las terapias grupales. Se entiende por psicoterapia prolongada aquella que sobrepasa los treinta (30) días de tratamiento una vez hecho el diagnóstico.

k) Tratamientos de periodoncia, ortodoncia y prótesis en la atención odontológica.

l) Tratamiento de várices con fines estéticos

m) Actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación. podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionalidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento. Todas las actividades, intervenciones y procedimientos deben estar contemplados en las respectivas Guías de Atención Integral.

n) Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas.

ñ) Actividades, intervenciones y procedimientos, no autorizados expresamente en el respectivo manual.

Estas son las principales exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud y se considera que no contribuyen al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; por ser que son cosméticos, estéticos, suntuarios, y además aquellos que expresamente defina el Consejo en el futuro.

6. EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS

El Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA, es un organismo creado por el Estado como un instrumento que fundado en el principio de solidaridad, el cual tiene por objeto garantizar la prestación de ciertos servicios cuando estos no estén garantizados por el Sistema, se encuentra organizado como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, por lo cual carece de personería jurídica, y su reglamentación se encuentra en el DECRETO 1283 DE JULIO 23 DE 1996, de cuyo análisis tenemos lo siguiente:

6.1 NATURALEZA DEL FONDO.

El Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia.

6.2 ESTRUCTURA DEL FOSYGA.

El FOSYGA tiene las siguientes subcuentas:

- a. De compensación interna del régimen contributivo.
- b. De solidaridad del régimen de subsidios en salud.
- c. De promoción de la salud.
- d. De seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

6.3 INDEPENDENCIA DE LOS RECURSOS DE LAS SUBCUENTAS DEL FOSYGA.

Los recursos del FOSYGA se manejan de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinan exclusivamente a las finalidades consagradas para éstas en la ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. Los intereses y rendimientos financieros que produce cada una de ellas se incorporarán a la respectiva subcuenta.

6.4 ADMINISTRACION DE LAS SUBCUENTAS.

Cada una de las subcuentas que compone el FOSYGA es administrada mediante encargo fiduciario, sin perjuicio de que mediante un mismo encargo se administren todas o varias de ellas, de conformidad con los contratos fiduciarios.

Los procesos de contratación estarán sujetos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la reglamenten, adicionen o modifiquen.

6.5 DIRECCION DEL FONDO.

La dirección y control integral del FOSYGA está a cargo del Ministerio de Salud, quien a través de la Dirección General de Gestión Financiera garantizará el adecuado cumplimiento y desarrollo de sus objetivos.

6.6 CONSEJO ADMINISTRADOR.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) actúa como Consejo Administrador del

FOSYGA y tiene las siguientes funciones:

1. Determinar los criterios de utilización y distribución de los recursos del FOSYGA.
2. Aprobar el presupuesto anual de ingresos y gastos del FOSYGA presentado a su consideración por la Dirección General de Gestión Financiera del Ministerio de Salud y sus modificaciones. Allí se indicarán de forma global los requerimientos presupuestales por concepto de apoyo técnico, auditoría y remuneraciones fiduciarias necesarios para garantizar el manejo integral del FOSYGA y se detallarán los ingresos y gastos de cada una de las subcuentas.
3. Aprobar anualmente los criterios de distribución de los excedentes exigentes a 31 de diciembre de cada año, en cada una de las subcuentas del FOSYGA, de conformidad con la Ley y con los reglamentos internos.
4. Estudiar los informes sobre el FOSYGA que le sean presentados periódicamente por la Dirección General de Gestión Financiera del Ministerio de Salud y señalar los correctivos que a su juicio, sean convenientes para su normal funcionamiento.
5. Estudiar los informes presentados por la Superintendencia Nacional de Salud y hacer las recomendaciones pertinentes para el adecuado cumplimiento y desarrollo de los objetivos del Fondo.
6. Determinar los eventos para los cuales el FOSYGA organizará fondos de reaseguramiento o de redistribución de riesgo y los mecanismos necesarios para su funcionamiento.
7. Aprobar el manual de operaciones del FOSYGA.

8. Las demás que le señale la ley y sus reglamentos.

6.7 SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD.

Para efectos de determinar la importancia del FOSYGA en los eventos No-P.O.S. (en los dos regímenes), es conveniente resaltar algunos aspectos y características principales relacionadas con la Subcuenta de Solidaridad como son:

a. OBJETO.

Los recursos de esta subcuenta tienen por objeto permitir la afiliación de la población pobre y vulnerable al régimen subsidiario del sistema de seguridad social en salud, a través de la cofinanciación de los subsidios correspondientes.

b. RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD.

La subcuenta de solidaridad contará con los siguientes recursos.

1. Un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, de conformidad con lo dispuesto en el literal a del artículo 221 de la Ley 100 que será girado por las entidades promotores de salud y demás entidades obligadas a la subcuenta de solidaridad, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha límite establecida para el pago de cotizaciones.

2. El porcentaje de los recursos recaudados por concepto del subsidio familiar que administran las Cajas de Compensación Familiar, definido en el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, que podrá ser

administrado de manera directa por éstas, previo cumplimiento de las normas establecidas para tal efecto.

3. Un aporte del presupuesto nacional en los términos establecidos en el literal c) del artículo 221 de la Ley 100 de 1993.

4. Los rendimientos financieros generados por la inversión de los recursos anteriormente enunciados.

5. Los recursos provenientes del impuesto de remesas de unidades de empresas petroleras correspondientes a la producción de la Zona Cusiana y Cupiagua.

Estos recursos se deducirán de la base del cálculo de los ingresos corrientes a que hace referencia las Leyes 60 de 1993 y 223 de 1995.

6. Las multas de que tratan el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 25 del artículo 5 del Decreto Ley 1259 de 1994.

c. RECURSOS ESPECIALES.

A la subcuenta de solidaridad ingresarán los recursos provenientes del impuesto social a las armas, definido en el artículo 224 de la Ley 100 de 1993. Con ellos, se formará un fondo para financiar la atención de eventos de trauma mayor ocasionados por Potencia, de la población afiliada al régimen subsidiario en los eventos no cubiertos por el POS-S y de aquella vinculada al sistema.

Una vez la totalidad de esta población se afilie efectivamente al sistema de seguridad social en salud y el POS-S se iguale al POS del régimen contributivo, estos recursos se destinarán a financiar la UPC establecida para el régimen subsidiario.

Estos recursos serán recaudados por INDUMIL y deberán girarse dentro de los primeros quince días calendario del mes siguiente, al FOSYGA, subcuenta de solidaridad.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definirá las prioridades para la asignación de los recursos provenientes del impuesto a las armas.

Estos recursos se girarán previa contratación del Ministerio de Salud con las instituciones prestadoras de servicios de salud.

Estos recursos únicamente podrán ser complementarios de los recursos que deben aportar las entidades territoriales para la financiación de las instituciones de salud que atiendan estos eventos.

d. GIRO DE RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD Y REQUISITOS PREVIOS.

El equivalente a una tercera parte de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada por cada uno de los afiliados, será girado en forma anticipada, cada cuatro meses a los Fondos Seccionales y Distritales de Salud, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Creación por parte de las entidades territoriales de una cuenta especial dentro de los fondos seccionales, distritales y locales de salud para el manejo de subsidios en salud.

2. Acreditación ante la Dirección de Seguridad Social del Ministerio de Salud, de la afiliación efectiva de la población beneficiaria de subsidios a las entidades administradoras autorizadas para tal efecto de conformidad con las normas vigentes.

3. Certificación de la Dirección Seccional de Salud en la cual conste que la población beneficiaria que se va a financiar con estos recursos no está financiada con recursos distintos, tales como, aquellos que destinen las cajas de compensación familiar para financiar el régimen de subsidios en salud cuando hayan sido autorizadas para administrarlos directamente.

4. Certificación de la Secretaría de Hacienda del respectivo distrito o municipio, o de la entidad que haga sus veces, sobre la disponibilidad presupuestal de los recursos correspondientes a los 15 puntos porcentuales de obligatoria destinación a subsidios a la demanda.

Para los municipios certificados como descentralizados en salud, el giro se efectuará directamente a los fondos locales de salud, previo el cumplimiento de los requisitos enunciados anteriormente.

Para efectos de acreditar la afiliación de la población beneficiaria de subsidios, las Direcciones de Salud deberán remitir copia del contrato o contratos suscritos con las Entidades Administradoras de Subsidios y certificación sobre el número de afiliados y su distribución por grupo etéreo. No obstante la Dirección de Salud deberá tener a disposición inmediata del Ministerio de Salud y de la Superintendencia Nacional de Salud, los listados de afiliados en donde se relacione nombre, documento de identidad, fecha de nacimiento, sexo, lugar de residencia y nivel de SISBEN (Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales) o su equivalente, dependiendo del instrumento de identificación utilizado, siempre y cuando esté aprobado por el Concejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

e. RELACION CON EL NO-P.O.S.

Por ser Colombia un Estado Social de Derecho, que según la Constitución Nacional es el responsable de la Seguridad Social como un servicio público esencial y garante del respeto por los Derechos Fundamentales, surgió la necesidad de crear un organismo que respondiera por los riesgos del Sistema, para lo cual se creó el Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA, el cual a través de sus diferentes subcuentas garantiza de alguna manera riesgos como accidentes de tránsito y eventos que se encuentran fuera del P.O.S. subsidiado y del P.O.S. del régimen contributivo, los cuales se garantizan a través de la Subcuenta de Solidaridad, es decir aquellos medicamentos, tratamientos y procedimientos que las Entidades Promotoras de Salud y las Administradoras del Régimen Subsidiado no están obligadas a prestar.

Es en estos eventos donde precisamente juega un papel fundamental la Acción de Tutela, denominada en esta investigación "Acción de Tutela No-P.O.S." ya que no existe una reglamentación jurídica que permita el acceso a los eventos No-P.O.S., y por tener la Salud relación directa con los Derechos Fundamentales y principalmente con la vida de las personas, es la Acción de Tutela en medio idóneo para realizar el reclamo respectivo ante las entidades responsables.

7. LA ACCION DE TUTELA NO-P.O.S.

Una vez estudiada la Acción de Tutela, y entendido el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y principalmente lo que es el P.O.S. y lo que constituye el No-P.O.S., podemos definir la "Acción de Tutela No-P.O.S." según el estudio sistemático del artículo 86 de la Constitución Política, sus Decretos reglamentarios y la Ley 100 de 1993, como una acción que puede ser interpuesta por cualquier persona, en cualquier momento y lugar; a la que se dará un procedimiento preferente y sumario, cuyo objetivo principal es la protección efectiva de los derechos fundamentales, principalmente la vida, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad y esencialmente por la extrema necesidad de requerir un tratamiento, un medicamento, una remisión o un procedimiento para el restablecimiento de su salud y por ende la protección de su vida. El fallo de la Acción de Tutela No - P.O.S. es de obligatorio e inmediato cumplimiento, aunque puede ser impugnado ante el juez competente. Igualmente se establece la Acción de Tutela No-P.O.S. como un mecanismo rápido, cuya procedencia radica en que el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, es decir, que puede considerarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Entre la solicitud de tutela y su resolución no pueden transcurrir más de 10 días. La Acción de Tutela No-P.O.S. procede contra entidades estatales y contra particulares encargados de la prestación del servicio público de la Salud, y contra quien de alguna manera con su conducta vulnere el respeto a la vida

Por lo cual podemos afirmar, y además se encuentra reiterado en la doctrina y la jurisprudencia que la Acción de Tutela es procedente aún más cuando se trata del derecho fundamental a la vida, representado en el Derecho a la salud y a la Seguridad Social, en donde

básicamente se ha realizado un avance en torno a la adecuada prestación de los servicios de salud, de ahí que sea importante definir que cuando se protege el derecho fundamental de la vida, puesta en juego con la indebida prestación de los servicios de salud, se debe utilizar la Acción de Tutela como un medio definitivo, obviamente para evitar un perjuicio irremediable o más gravoso a la integridad humana. La implementación de la Acción de Tutela como mecanismo idóneo para garantizar la prestación de los servicios de salud, se dio tal vez por la ausencia de un instrumento específico que permitiera realizar las gestiones y reclamos ante las entidades responsables de la Seguridad Social en Salud en Colombia, razón por la cual existen múltiples pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional como máximo organismo en asuntos de tutela sobre los diferentes aspectos que deben aclararse sobre la Seguridad Social en Colombia, como lo es por ejemplo el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Plan Obligatorio de Salud objeto de nuestro estudio.

La aplicación o implementación de la Acción de Tutela para obtener una adecuada prestación de los servicios de salud, representa indudablemente una garantía al derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana, aspectos estos concebidos como fines primordiales del Estado Social de Derecho.

7.1. EVENTOS NO-P.O.S.

Principalmente los eventos No-P.O.S. se encuentran descritos en el Acuerdo 008 de 1994 tratado anteriormente (Capítulo 5), sin embargo, la doctrina y la misma jurisprudencia han determinado que el No-P.O.S. es mucho más amplio, y que sólo del estudio de cada caso particular se puede entrar a definir que cubre y que no cubre el P.O.S., pues se presentan muchas situaciones que hacen pensar la existencia de un caso No-P.O.S. como el hecho de brindar medicamentos genéricos, cuando se ha comprobado científicamente que los medicamentos genéricos no son

iguales que los originales, o cuando se niega un medicamento, tratamiento o procedimiento por estar sometido a periodos mínimos de cotización, o sencillamente cuando se piensa que la Acción de Tutela No-P.O.S. sólo se refiere al derecho fundamental a la vida, cuando de igual manera e importancia son los demás derechos fundamentales como la dignidad humana y la igualdad, al igual que el libre desarrollo de la personalidad y por conexidad el derecho al trabajo, circunstancias que envuelven una serie de aspectos No-P.O.S. y que el Estado debe garantizar.

7.2. ASPECTOS FORMALES Y PROCESALES DE LA ACCION

Aunque hemos indicado que la Acción de Tutela por su naturaleza no tiene ningún tipo de formalidades para su presentación, si es preciso hacer algunas recomendaciones como las siguientes:

- a) Identificación del Accionante, nombre, cédula de ciudadanía, domicilio, residencia. La Acción de Tutela se presenta a nombre propio, aunque se faculta para interponerse a través de apoderado que en este caso necesariamente debe ser abogado, o por agencia oficiosa. Esto según los Decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 306 de 1992.
- b) Identificación del Accionado, es decir de la entidad responsable de la prestación del P.O.S. que obviamente será la entidad donde se encuentra afiliado el Accionante, E.P.S. o A.R.S. según el régimen.
- c) Especificar los fundamentos fácticos o de hecho.
- d) Hacer unas consideraciones jurídico sustanciales sobre el S.G.S.S.S, la violación, vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, e indicando la procedencia de la Acción.
- e) Pretensiones.
- f) Pruebas.
- g) Notificaciones y direcciones del Accionante y Accionado.

7.2.1 Identificación de las partes. Pese a que la Acción de Tutela no tiene formalidad alguna, su presentación se asimila al contenido de una demanda, por lo cual el primer paso es la identificación de las partes, accionante y accionado indicando su domicilio, número de cédula, representante legal, etc.

7.2.2 Fundamentos fácticos de la acción. Como fundamentos fácticos de la Acción de Tutela No-P.O.S. se deben tener en cuenta indudablemente los siguientes aspectos:

- a) Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud bajo uno de los regímenes (Contributivo, Subsidiado o Vinculado del Subsidiado).
- b) La afectación de una enfermedad o situación que requiera de una atención especial no descrita en el P.O.S.
- c) La negativa de la entidad responsable (E.P.S. o A.R.S según el régimen) ante la solicitud de atención médico asistencial para la situación concreta.

7.2.3 Consideraciones jurídico sustanciales. Al interponer una Acción de Tutela No-P.O.S. se debe indicar al Juez, primero que todo la esencia del Estado Social de Derecho desde un marco constitucional para indicar la procedibilidad de la Acción y su relación con los derechos fundamentales.

En segundo lugar, se debe hacer un análisis del Sistema General de Seguridad Social en Salud, indicando sus características y aspectos principales como son el Plan Obligatorio de Salud y las entidades responsables.

En tercer lugar debe hacerse referencia a la violación, vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, principalmente enfocando el derecho a la vida y por conexidad el derecho a la Seguridad Social.

Finalmente se debe indicar la importancia del FOSYGA en el S.G.S.S.S, especialmente señalando la Subcuenta de Solidaridad. Se debe considerar que las E.P.S. y A.R.S legalmente no están obligadas a prestar el No-P.O.S., entonces debe especificarse que es Estado por medio del Ministerio de Salud - FOSYGA - Subcuenta de Solidaridad, el responsable de la Seguridad Social, la vida y por ende del No-P.O.S.

7.2.4 Pretensiones. En cuanto a las pretensiones, lógicamente la primera de ellas será solicitar la tutela de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social.

La segunda pretensión será que se ordene a la entidad responsable, el suministro del medicamento, tratamiento, examen, procedimiento, remisión, etc. que no se ha brindado por no encontrarse en el Plan Obligatorio de Salud.

Como tercera pretensión, es conveniente solicitar que se prevenga a la entidad responsable para que en lo sucesivo se abstenga de interrumpir el tratamiento, o de suministrar el medicamento, etc. necesarios para el restablecimiento de la Salud del Accionante.

Finalmente aunque no es necesario, se puede solicitar al Juez que se autorice a la entidad E.P.S. o A.R.S. según el régimen, para que repita ante el FOSYGA y gestione el cobro del tratamiento, medicamento o procedimiento brindado al Accionante.

7.2.5 Pruebas. Como pruebas, en la Acción de Tutela tienen aplicación todos los medios probatorios del Procedimiento Civil, sin embargo en la tutela No-P.O.S. es conveniente aportar al menos lo siguiente:

- a) Copia del Carné de afiliación a la entidad (E.P.S. o A.R.S. según el régimen)

- b) Constancia de afiliación o record de semanas cotizadas en caso que se exija periodos mínimos de cotización.
- c) Formula o concepto médico de que se requiere de un medicamento, tratamiento, procedimiento, remisión, etc. fuera del P.O.S.
- d) Copia de la Solicitud realizada a la entidad responsable, donde se solicita inicialmente la prestación del evento No-P.O.S.

Generalmente, en los procesos de Tutela se procede a tener como pruebas la declaración de parte y el testimonio del médico tratante o de quien certifica la necesidad de la prestación de un servicio médico especializado, tratamiento, medicamento, etc.

Es conveniente igualmente señalar el objeto de la prueba, es decir lo que se pretende con cada medio probatorio, aunque no es del todo necesario. En caso de que se soliciten testimonios, se debe indicar su nombre en forma clara e indicar su lugar de notificación o residencia.

7.2.6 Notificaciones y direcciones. Como en toda demanda o solicitud, en la Acción de Tutela debe indicarse una dirección y/o teléfono donde se pueda notificar tanto al Accionante, como a la entidad accionada.

Estos aspectos formales, no son "camisa de fuerza" para la presentación de una Acción de Tutela No-P.O.S., simplemente son parámetros básicos que permiten que el procedimiento de la acción o trámite se efectúe de manera efectiva, y que se pueda obtener un fallo o Sentencia favorable ojalá dentro del plazo de los 10 días contados a partir del auto admisorio de la Acción. Son pasos que se han determinado después del estudio y presentación de varias Acciones de Tutela en diferentes situaciones No-P.O.S., por lo cual se proponen como marco teórico para la presentación de otras acciones similares.

7.3 NUEVAS REGLAMENTACIONES APLICABLES

El instrumento jurídico estudiado ha sido objeto de importantes modificaciones legales:

La primera de ellas, la reforma de la ley 712 del 2001 – donde se denominó al antes Código de Procedimiento Laboral como Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-. Esta reforma estableció en el numeral 4º del artículo 2 que las controversias referentes al Sistema de Seguridad Social Integral de cualquier naturaleza jurídica son de competencia exclusiva de los Jueces Laborales de Circuito; igualmente en el artículo 11 ibídem se determinó la competencia de los mismos funcionarios en los procesos adelantados contra las entidades del Sistema de seguridad Integral; sin embargo en cuanto al objeto de este trabajo, es conveniente resaltar la mencionada regulación se refiere a controversias de carácter administrativo entre las distintas entidades o de usuarios con estas, es decir que para nada tiene que ver con los casos de No-P.O.S., los cuales como demostramos anteriormente, requieren una atención especial y se resuelven por vía de tutela por el juez competente en cada caso particular.

La segunda reforma importante se refiere al **Acuerdo Número 228 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social Integral** que amplió el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, la cual establece otros medicamentos que quedan a cargo de las E.P.S. y que incorporó además la codificación de medicamentos según la Resolución 1830 de 1999 que había adoptado para Colombia las codificaciones únicas de especialidades en salud, ocupaciones, actividades económicas, y medicamentos esenciales para el S.G.S.S.S., lo cual brinda mejor cobertura del plan, sin embargo del análisis del nuevo manual se infiere por varios profesionales de la salud consultados que continúan excluidos muchísimos medicamentos (además que los del plan son genéricos), procedimientos, exámenes, etc. que necesariamente serán objeto de controversia y de Acción de Tutela No-P.O.S.

Finalmente, la reforma del Decreto 1382 de 2000 que había regulado la competencia en asuntos de tutela de acuerdo con la categoría de los funcionarios Judiciales, y que fue objeto de gran discusión, y que no fue anulado por el Consejo de Estado (Sentencia del 18 de julio de 2002). En cuanto a este aspecto, debe considerarse que en la Acción de tutela No – P.O.S. si bien algunas E.P.S. tienen cobertura en todo el país, es prudente dirigir la Acción en contra de la regional, o de entidad del lugar donde ocurrieron los hechos, es decir donde se produce la omisión que vulnera el derecho a la salud, y la vida de los beneficiarios; además, en el mismo decreto 1832 se dispuso que las tutelas en contra de entidades de orden local y aquellas en contra de particulares son de competencia de Jueces Municipales, de tal manera que debe interponerse ante estos y en el lugar donde ocurrió la omisión.

7.4 MODELO DE ACCION DE TUTELA NO-P.O.S.

Para facilitar la comprensión de los aspectos anteriores, como anexo a este trabajo se encuentra un modelo de Acción de Tutela No-P.O.S., el cual ha sido diseñado con fundamentos jurídicos básicos que serán de mucha utilidad para los accionantes como para el mismo juzgador, modelo que además fue utilizado en varias acciones de tutela presentadas en el Departamento de Nariño, todas con decisiones favorables.

8. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL DEL "NO - P.O.S".

La evolución Jurisprudencial del No-P.O.S. está marcada con la expedición de la Constitución Política de 1991, y relacionada particularmente con la Acción de Tutela, pues como hemos reiterado en el desarrollo de esta investigación la Acción de Tutela fue fundamental en el desarrollo del Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la ley 100 de 1993, no sólo por su amplio espíritu humanitario, sino por el inmenso contenido social y de protección, un instrumento a través del cual las personas volvieron a creer en el Estado, y de alguna manera en la justicia social dada mediante la protección de los derechos fundamentales.

La jurisprudencia No-P.O.S., igualmente es el resultado del estudio de la Honorable Corte Constitucional, de sus precedentes, de su lucha por salvaguardar el respeto por la carta política y esencialmente por el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho; por lo que evidentemente marca una transformación en la concepción del Estado, no sólo frente a las instituciones sino frente a la sociedad en general; que miró en la nueva Constitución una esperanza de cambio a su difícil situación.

La historia nos muestra que a raíz de la Acción de Tutela, iniciaron los pronunciamientos importantísimos de la Corte Constitucional sobre aspectos ligados a los derechos fundamentales, como el caso de la Salud con el derecho a la vida. Por lo que desde 1991 y posteriormente con la expedición de la ley 100 en 1993, se tuvo claridad sobre lo que significaba el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sistema que formalmente era muy bueno, pero que llevado a la práctica mostró su verdadera dimensión y sobre todo sus debilidades; como el caso de la cobertura de los servicios de salud, en cuanto a la prestación a todas las personas y en cuanto a su cubrimiento con calidad; un aspecto que obviamente iba a perjudicar a la sociedad colombiana, que angustiada en

cada caso particular, encontró en la Acción de Tutela muchas veces sin argumentos propiamente jurídicos, la única alternativa para obtener un servicio adecuado.

Por eso, con este trabajo se pretende hacer valer la Acción de Tutela No-P.O.S. no como un instrumento residual, sino como el idóneo y jurídicamente estructurado para obtener una prestación de los servicios de salud de acuerdo a las necesidades de los Colombianos.

Para realizar el análisis jurisprudencial del No -P.O.S. previo el estudio correspondiente, se concluye que deben resaltarse las principales **Sentencias de la Corte Constitucional**, surgidas precisamente a raíz de demandas de tutela, para lo cual se parte de las Sentencias: **S.U. 819 de 1999 de la Corte Constitucional, la S.U. 480 de 1998 y la S.U. 039 de 1996**, las cuales por su nomenclatura entendemos que son **Sentencias Unificadoras**, que como su nombre lo indica "unifican" el criterio de esta corporación respecto a muchos aspectos del No - P.O.S. y del Sistema de Seguridad Social en Salud. La Sentencia S.U. de 1999, constituye la base del estudio jurisprudencial objeto de este trabajo, no sólo por su alto contenido, sino porque al ser un pronunciamiento unificador se remite a muchas sentencias anteriores y deja sentado un precedente que es aplicable a todos los casos similares. Luego de analizar las tres sentencias unificadoras mencionadas, revisaremos las principales sentencias de tutela de la Corte Constitucional. Recordemos que el No-P.O.S. en Colombia no se encuentra debidamente reglamentado, por lo cual su evolución se ha dado a raíz de las distintas acciones de tutela, es decir su desarrollo ha sido eminentemente jurisprudencial; acciones que por el desconocimiento del tema se deben estructurar muy bien y sustentar ojalá con precedentes de esta naturaleza.

Por esta razón, a continuación se hace un análisis de las principales Sentencias que según la investigación realizada, podrán ser de mucha utilidad en el trámite de Acciones de Tutela No-P.O.S. Igualmente se extrajeron criterios primordiales que sirven de sustento a las diversas situaciones.

8.1. SENTENCIA S.U. 819 de 1999 - CORTE CONSTITUCIONAL

En esta Sentencia la Corte Constitucional tomó como criterio principal: " El Estado está obligado a garantizar la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del País, esto según los artículos 48 y 19 de la Constitución Política, concluyendo que esta obligación no sólo corresponde al Estado en la medida en que el beneficiario del servicio no cuenta con los recursos necesarios para sufragarlos, sino a toda persona en la medida en que debe procurar el cuidado integral de su salud."

La sentencia se relaciona con un caso específico de TRANSPLANTE DE MÉDULA ÓSEA a un menor de edad, donde la E.P.S. responsable solicitó la unificación de criterios por parte de la Corte Constitucional, exponiendo dentro de sus razones, que el caso "involucra aspectos trascendentales para la viabilidad de las EPS y por consiguiente del Sistema General de Seguridad Social en Salud", y siendo necesario que la Corte delimite el campo de acción de las EPS dentro de la estricta delegación realizada por el Estado, especialmente en relación con el cubrimiento de prestaciones en el exterior. Se puede analizar la posición de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

1. SEGURIDAD SOCIAL: DERECHO, ACTIVIDAD DE INTERÉS PÚBLICO Y SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL.

Los derechos a la salud y a la seguridad social, hacen parte de los denominados derechos de segunda generación, que corresponden al Capítulo II del Título II de la Constitución Política, "Los derechos económicos, sociales y culturales". Estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del

sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva.

“Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección.”³

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

El artículo 48 de la Carta Política reconoce a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Así mismo, se trata de un derecho irrenunciable de todos los habitantes. Por su parte, el artículo 49 de la Constitución dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, que se garantiza a todas las personas en cuanto al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Agrega el precepto que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S.U. 819 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

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

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

La Corte trató igualmente la DEFINICION DE PLANES ADICIONALES DE SALUD, PAS. Entendidos como aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. El acceso a estos planes es de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias. Estos planes son ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras. Como tipos de PAS. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes PAS: 1. Planes de atención complementaria en salud. 2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones

especiales previstas en su régimen general. 3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general. Cuando se habla del P.O.S. se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993: "se han de suministrar a todos los afiliados al sistema los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud en consonancia con la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema", sin olvidar, que los derechos individuales son relativos, en cuanto prima el bien común y la satisfacción del interés general.

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

2. EXCLUSIÓN DE ACTIVIDADES, INTERVENCIONES, PROCEDIMIENTOS Y MEDICAMENTOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD.

Los artículos 13 y 18 del Decreto 806 de 1998 definen los criterios que se deben seguir cuando la

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S.U. 819 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Entidad Promotora de Salud haya de suministrar procedimientos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, o frente a los cuales la Unidad per Cápita -U.P.C.- no ha previsto su financiación, los cuales se plasman en el Manual de Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sobre cuyo alcance, el artículo 88 del Decreto 806 de 1998 dispone: "Los contenidos y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud son los establecidos por el Acuerdo 8 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y desarrollados por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud hasta tanto dicho Consejo defina nuevos contenidos y exclusiones" y de acuerdo con el literal o del artículo 18 de la mencionada Resolución están excluidos del POS las "actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el presente Manual".

Así las cosas, se debe concluir que en principio, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrar exclusivamente, los procedimientos y medicamentos previstos en la Ley 100 de 1993, en el Decreto 806 de 1998 y en la Resolución 5261 de 1994.

3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL EXTERIOR PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD.

Ahora bien, es procedente determinar qué ocurre cuando se presentan situaciones en las cuales se haga exigible el otorgamiento de prestaciones por fuera del Plan Obligatorio de Salud para proteger derechos fundamentales? Y qué ocurre cuando se refiere a tratamientos o medicamentos que deban suministrarse en el exterior?. Para resolver los interrogantes planteados, es necesario efectuar la revisión de las normas relativas a la prestación en el exterior de servicios médicos no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia.

A. LA NORMATIVIDAD LEGAL ANTERIOR A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 508 DE 1999

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

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

- ✓ **Los decretos 1307 de 1988 y 237 de 1989**, reglamentarios de la Ley 20 de 1987 fijaron el procedimiento mediante el cual se podía hacer la remisión al exterior:
 - (a) Según el art. 1o. del Decreto 1307/88 el I.S.S. podrá autorizar la atención de sus beneficiarios en el exterior, solo para la realización de procedimientos que no se practiquen en el país;

 - (b) Según el numeral 5 del artículo 2o. ibidem, para que proceda la remisión al exterior o el reconocimiento de los gastos de atención médica de "urgencias en el exterior", se requiere, fuera de la afiliación al I.S.S., estar al día en el pago de las obligaciones con el Instituto; haber cotizado un número mínimo de semanas; concepto favorable del Comité ad hoc de Remisiones

al Exterior acerca de que el procedimiento no se practica en el país, todo conforme a los trámites que señala el reglamento;

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

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

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

- ✓ **El artículo 209 del Decreto Ley 1122 de 1999** "por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe", derogó el artículo 12 del Decreto 1650 de 1977 modificado por la Ley 20 de 1987, que establecía que el Instituto de Seguros Sociales podría autorizar la atención de la salud de sus beneficiarios en instituciones

del exterior y cuya eficiencia esté científicamente acreditada, solo para la realización de procedimientos que no se practiquen en el país, o cuando el riesgo suceda en el exterior y no haya tiempo necesario para el traslado a Colombia.

B. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: REMISIÓN DE PACIENTES AL EXTERIOR

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido admitiendo en casos excepcionales la procedencia de la tutela para ordenar la remisión de pacientes al exterior, sean estos afiliados al Instituto de Seguros Sociales o a otras EPS, siempre y cuando esté comprobado que no exista tratamiento médico posible en el país.

La Corte ha sostenido “para la expedición de la orden de remisión al exterior se requiere: (1) convocar el Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior; (2) una decisión favorable de la Junta Médica que debe consistir básicamente en el reconocimiento y el señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y, (3) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país.”⁵

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

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-395 de 1998. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

4. LAS PRESTACIONES EN EL EXTERIOR: BENEFICIO EXCEPCIONAL.

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

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

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

Finalmente es conveniente advertir frente al usuario, que se le exige "demostrar que ha cumplido en forma plena y oportuna con sus obligaciones, conforme se dispone en las normas legales y reglamentarias" para poder reclamar prestaciones por fuera del POS, bien se trate de realización en Colombia o en el exterior.

Es deber de las autoridades judiciales y administrativas exigir la aplicación de las medidas que garanticen por parte del usuario el pago de las sumas que le corresponda cancelar. Se evidencia la necesidad de que el C.N.S.S.S. reglamente los pagos que en estos eventos debe realizar el usuario - régimen de cuotas moderadoras y copagos-. Es deber del usuario acreditar su falta de capacidad para asumir las prestaciones fuera del POS, negativa que debe valorar el juez para denegar la tutela en caso de no recibir colaboración.

5. LA FUENTE DE RECURSOS.

De conformidad con la ley las prestaciones por fuera del POS deben ser financiadas con cargo a las fuentes que alimentan los correspondientes regímenes contributivo, subsidiado o de vinculados. Por esta razón, debe guardarse especial cuidado en el otorgamiento de estos beneficios, en la medida en que su costo puede comprometer la viabilidad del sistema dadas las altas sumas comprometidas. Es así que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud debe examinar si se presentan o no excedentes que permitan financiar esta clase de prestaciones, cumplida la función primaria de financiar en forma correcta tanto la Unidad Per Cápita -U.P.C.- en los diferentes regímenes, como las prestaciones económicas frente a la población con derecho a ella.

Si llegare a faltar financiación, sería necesario lograr la máxima racionalización en las prestaciones y el aumento de recursos de origen fiscal, considerando al Estado como el garante del servicio público.

6. DERECHO AL REEMBOLSO Y POBLACIÓN BENEFICIARIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, los servicios de salud incluidos en el POS que deben prestar las EPS serán

actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema. Dicho Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha fijado un Plan Obligatorio de Salud en el cual ha señalado limitaciones en el listado de medicamentos y de procedimientos, en armonía con los recursos asignados a cada régimen de salud. Entonces, resulta claro e indiscutible que por mandato legal, por la naturaleza del contrato, por las limitaciones de los recursos destinados a la salud, por la prevalencia del interés general y por la efectividad del principio constitucional de la solidaridad, la prestación de los servicios de salud es limitada en cuanto a las condiciones financieras del sistema y a la tecnología existente en el país.

No obstante, según la jurisprudencia que venía sosteniendo la Corte hasta antes de la expedición de la Ley 508 de 1999 tratándose de servicios de salud excluidos del POS, las normas legales son inaplicables cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida. En estos eventos, según la Corte, las EPS deben repetir contra el Estado-Fosyga el valor de los procedimientos y medicamentos que deban ser suministrados por fuera del POS, con el correlativo derecho a exigir el reembolso de tales sumas. "En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las personas, ha llevado a una situación en virtud de la cual, por dar cumplimiento al objetivo fijado por el constituyente en relación con el derecho a la salud y su conexidad con derechos como la vida y la dignidad humana, y su garantía a todas las personas a través del plan de atención básico en salud -POS-, las Empresas Promotoras de Salud se han visto en la obligación de garantizar la realización de intervenciones, el otorgamiento de medicamentos y otras prestaciones, a pesar de estar expresamente excluidas de dicho plan, todo ello, como se indicó, por dar cabal aplicación a la garantía constitucional de los derechos fundamentales. Claro está, la Corporación siguiendo las normas superiores y legales, ha reconocido en estos casos el derecho que las EPS tienen a que el Estado, por intermedio del Fosyga, les

reembolse oportunamente las sumas que deban cancelar para atender el tratamiento, intervención o medicamentos cuando estén excluidos del plan".⁶

Por consiguiente, a partir de la ley 508 de 1999, y mientras el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (artículo 37 inciso 3o) no defina el trámite a seguir para la prestación de servicios de salud por fuera del POS en el exterior, la persona que reclama la prestación del servicio una vez acredite la certificación médica del profesional tratante adscrito a la EPS a la que se encuentre afiliada, sobre la circunstancia de que la actividad, el procedimiento o la intervención que requiere se encuentra por fuera del POS y que está de por medio su derecho a la vida; que no se trata en su caso de un tratamiento experimental y que la atención en el país no es posible, deberá acudir ante el Ministerio de Salud para que éste, atendiendo a los criterios y reglas que fije el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, imparta la orden para que con los recursos del Estado-Fosyga se ordene la prestación del servicio por entidades acreditadas y debidamente adscritas al Sistema de Seguridad Social en Salud del respectivo país. Corresponde al citado Ministerio o en su caso a la EPS, la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se atenderá el procedimiento, con cargo a los recursos del Fondo.

En consecuencia, señaló la Corte en relación las solicitudes de remisión que se produzcan en adelante, las siguientes conclusiones:

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

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-796 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

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

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

d) En el caso de la población vinculada, la responsabilidad y coordinación en cuanto al otorgamiento de prestaciones por fuera del POS, se debe efectuar a través de la red pública de prestadores y sus correspondientes fuentes de financiación.”⁷

8.2. SENTENCIA S.U. 039 de 1998 - CORTE CONSTITUCIONAL

El caso particular de la Sentencia, es el siguiente: La señora Ana Victoria García de Bernal formuló, por conducto de apoderado, acción de tutela en contra de Salud COLMENA, con el fin de que se le ampararan sus derechos a la vida, integridad personal, salud, seguridad social protección y asistencia a las personas de la tercera edad, los cuales estimó vulnerados con la negativa de dicha entidad a prestarle los servicios médico-asistenciales solicitados, en razón a una preexistencia

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S.U. 819 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

contractual alegada por parte de dicha entidad, no obstante la doble vinculación presentada con la misma, mediante los planes obligatorio de salud y de medicina prepagada. La accionante de 64 años de edad, al momento de instaurar la acción **se encontraba afiliada al Plan Magenta de Salud COLMENA- Medicina Prepagada S.A.**, mediante contrato colectivo ofrecido por la Universidad Javeriana, con vigencia a partir del 15 de julio de 1994 (No. 300215-031), en el cual se determinaron las siguientes exclusiones por preexistencias: várices en las extremidades inferiores, cistorectoceles y artritis. **Adicionalmente, presentaba, para esa misma fecha, una vinculación al Plan Obligatorio de Salud con Salud COLMENA desde el mes de mayo de 1995**, según certificación del Director de Operaciones P.O.S. de esa entidad. En noviembre y diciembre de 1.996, la accionante fue hospitalizada por una pericarditis viral e insuficiencia renal crónica y por un derrame pleural; en ambas oportunidades, se le brindaron los servicios médico-asistenciales necesarios en virtud del contrato de medicina prepagada vigente con Salud COLMENA. El 27 de enero de 1.997 al presentársele algunas dolencias diagnosticadas por Salud COLMENA como "estado edematoso secundario e insuficiencia renal crónica", no obtuvo la autorización por parte de esa empresa para su hospitalización, quien adujo que la pericarditis y el derrame pleural, anteriormente evidenciados, eran consecuencia directa de la artritis reumatoidea que padecía la usuaria desde hacía más de 20 años, según constaba en la hoja clínica, enfermedad catalogada dentro del grupo de preexistencias, previa y contractualmente excluida en el contrato de medicina prepagada y que, además, la insuficiencia renal crónica se derivaba del tratamiento que durante ese tiempo había recibido por la mencionada artritis. Dada la sistemática negativa de Salud COLMENA para atender a la señora García de Bernal, que en términos de la misma deterioró su salud hasta el punto de no poderse mover por sus propios medios, requiriendo por ende con urgencia el tratamiento médico apropiado para sus padecimientos, la actora presentó acción de tutela contra esa entidad reclamando la protección de los derechos ya mencionados.

Encontramos en el caso anterior, la confrontación entre Plan de Medicina Prepagada y Plan Obligatorio de Salud. Las dos son vinculaciones contractuales, en el caso celebradas con la misma entidad, sin embargo la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“En cuanto a su naturaleza, los derechos a la seguridad social y a la salud, en un primer momento, no presentan un rango fundamental, sino que llegan a participar de tal categoría cuando con su desconocimiento resultan amenazados o vulnerados derechos que si lo son, como los derechos a la vida, la dignidad humana, la integridad personal y el trabajo, entre otros, en razón a la relación inescindible que en determinadas circunstancias puedan presentar con éstos.”⁸

Del análisis jurídico de la controversia, deducimos que la celebración de un contrato de servicios (suscrito por una entidad de medicina prepagada y una persona) **se desarrolla dentro del campo de los negocios jurídicos en la forma de un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos**, lo que supone un desarrollo bajo la vigencia de los principios generales que los informan, como ocurre con el principio de la buena fe que no sólo nutre estos actos sino el ordenamiento jurídico en general y el cual obtiene reconocimiento expreso constitucional, como rector de las actuaciones entre los particulares, significa que, **desde su inicio y especialmente durante su ejecución, al incorporarse el valor ético de la confianza mutua en los contratos de medicina prepagada**, se exige un comportamiento de las partes que permita brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas. Son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, los cuales, en lo posible, no pueden exceder el marco delimitado por el ordenamiento jurídico en rigor, pero que requieren al igual que las situaciones no expresamente pactadas en estos contratos, aún cuando derivadas de la ejecución de los mismos, que la actuación de una y otra parte se adelante mediante una actitud de confianza y credulidad en

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S.U. 039 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

el estricto cumplimiento de lo negociado y en la realización de las prestaciones en la forma esperada, según el objeto contratado, lo que en consecuencia demanda de una máxima expresión del **principio de la buena fe** para la interpretación del vínculo contractual y de los anexos que lo conforman integralmente, especialmente por ese carácter de adhesión que se le reconoce a esta clase de contratación.

En cuanto al **CONTRATO DE SERVICIO DE MEDICINA PREPAGADA**, la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD no puede dar aplicación de preexistencias. La COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA, por brindar unos servicios adicionales –privados puede en el acto de contratación aplicar preexistencias y exclusiones, como en el contrato de seguro o cualquier contrato privado de prestación de servicios.

“En el **CONTRATO DE SERVICIO DE MEDICINA PREPAGADA** las preexistencias deben constar en forma expresa y taxativa. Las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada deben adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos, circunstancia que no desconoce el ejercicio de la libertad contractual propia de los mismos; por lo tanto, la exoneración de la empresa de medicina prepagada de llevar a cabo algunas actividades, mediante el señalamiento y determinación de preexistencias, debe constar en forma expresa y taxativa en el texto del contrato o en los anexos a él incorporados y que precisamente por esa condición no resultan cubiertos por las obligaciones contractuales; de manera que, las enfermedades y afecciones que no sean determinadas oportunamente, deberán ser asumidos por la entidad de medicina prepagada con cargo al contrato convenido. No es posible admitir que con posterioridad a la celebración del respectivo contrato se modifiquen en forma unilateral las prestaciones que deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada, ya que una interpretación o cláusula en sentido diferente resulta

abiertamente inconstitucional, en cuanto rompe con el equilibrio contractual de las partes, vulnera el principio de la buena fe que debe imperar en la ejecución del contrato y amenaza los derechos reconocidos y protegidos en la Constitución Política.”⁹

Cuando se establezca un **PLAN COMPLEMENTARIO DE SALUD** dijo la corte, “no habrá aplicación de preexistencias por entidad que ofrece ambos planes, ya que se constituyen como servicios adicionales al Plan Obligatorio de Salud, el cual no aplica preexistencias.” Es decir que no se puede arbitrariamente trasladar la responsabilidad por las obligaciones adquiridas entre los mismos, ni negarse a la prestación del servicio de salud imponiendo el pacto de preexistencias en detrimento de la salud del contratante o del usuario, ya que, de esta forma, **se contradice el fundamento mismo del Plan Complementario**, el cual debe estar enmarcado dentro del principio de la buena fe contractual.

En el caso de la Acción de Tutela, el PLAN OBLIGATORIO DE SALUD Y DE MEDICINA PREPAGADA originaban vinculación con una sola entidad. Como se alegó una preexistencia dentro del Plan de Medicina Prepagada, la controversia debía ser resuelta, en principio, por la justicia ordinaria, si se refiere exclusivamente a materias de índole puramente contractual, pero cabía la tutela con efectos temporales y aún definitivos, las circunstancias del solicitante lo ameritaban para proteger su salud, y en conexidad con ella la vida, de aquél y de los beneficiarios del contrato. En cuanto al CONTRATO DE SERVICIO DE MEDICINA PREPAGADA debe resaltarse que en su transcurso no es posible su modificación unilateral. En el curso del contrato no es posible que la compañía de medicina prepagada modifique los términos del mismo en forma unilateral, con base en dictámenes médicos posteriores emanados de profesionales a su servicio, con el propósito de deducir la presencia de una preexistencia durante la ejecución del contrato, excepto que se haya configurado una actuación originada en la mala fe del usuario.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S.U. 039 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

8.3. SENTENCIA S.U. 480 de 1997 - CORTE CONSTITUCIONAL

Esta sentencia unificadora, reúne varios planteamientos relacionados con **PACIENTES PORTADORES DEL VIH – SIDA**, quienes al estar afiliados al I.S.S., conformaron junto con sus familiares un grupo llamado “Club de la Alegría” **FTS/VHI/SIDA de la clínica San Pedro Claver** en la Ciudad de Bogotá, con el propósito de intercambiar conocimientos, experiencias, fijar pautas para cómo vivir mejor y contribuir a mitigar el impacto de la enfermedad. Por esta especie de terapia de grupo, el club llegó a contar con 150 personas. Otros casos similares de portadores del virus se habían presentado con sus respectivas entidades promotoras de salud. Los pacientes solicitaban de su E.P.S. atención básica y el suministro de medicamentos necesarios para asumir la enfermedad (**antiretrovirales**), sin embargo, muchas de las Acciones de Tutela interpuestas fueron negadas; hasta que la Corte Constitucional profirió esta Sentencia, que se analiza así:

Es conveniente anotar, que en el Acuerdo 53 del 13 de febrero de 1997, el Ministerio de Salud incluyó por primera vez medicamentos en el listado del P.O.S. para el tratamiento de la infección por VIH-SIDA: didanosina, indinavir, lamivudina, pentamidina, ritonavir, trimetoprim, zidovudina. Entre ellos están el ritonavir y el indinavir, que según se ha indicado son dos inhibidores de proteasa; y la zidovudina, medicamentos fundamentales en el tratamiento del VIH.

En Colombia, “la realización del servicio público de la Seguridad Social (artículo 48 C.N.) tiene como sustento un **sistema normativo integrado** no solamente por los artículos de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del **derecho prestacional** como status activo del Estado. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo. Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las

reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida. **Es por ello que, para dar la orden con la cual finaliza toda acción de tutela que tenga que ver con la salud es indispensable tener en cuenta esas reglas normativas que el legislador desarrolló en la Ley 100/93, libro II y en los decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes.**"¹⁰

Lo importante es visualizar que la unidad de los principios y las reglas globalizan e informan el sistema y esto debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela.

El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos y 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. **Son protegidos, se reitera, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela.**

Es importante distinguir entre **PLAN DE ATENCION BASICA EN SALUD** de Prestación por el Estado y el **PLAN OBLIGATORIO DE SALUD** de Prestación por E.P.S. El Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud y las EPS y ARS, especialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.

La **RELACION DEL ESTADO CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD** es una delegación para prestación del servicio público de salud. Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S.U. 480 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

público de salud a una entidad particular, **ésta ocupa el lugar del Estado** para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; **pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia**. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que **lo que se recauda no pertenece a las EPS**, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, **sino que pertenece al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es, pues, una contribución parafiscal**.

"La **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD debe suministrar tratamiento y medicamentos a enfermos de sida**. Cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se debe dar el medicamento necesario. Si la entidad no cumple con el tratamiento se afecta el derecho a la vida y la salud."¹¹

Ha sido reiterada la jurisprudencia que ordena el suministro de los **antiretrovirales que el médico tratante indique** a los enfermos del sida. En consecuencia, cuando está de por medio la vida, se tiene que cumplir con el tratamiento señalado, aclarando que **sólo se pueden recetar medicamentos que tengan registro sanitario en Colombia**, con presentación genérica, a menos que sólo existan los de marca registrada, esto según el manual de terapéutica del POS.

En cuanto al **No-P.O.S.**, debe tenerse en cuenta, que "la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD** está obligada al suministro de medicamentos señalados por médico tratante aunque no figuren en la lista. El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, siempre y cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente. **Cuando lo recetado en las anteriores condiciones no figura en la lista de medicamentos que el Ministro de Salud o la Entidad correspondiente elabora, de todas maneras la entidad afiliadora lo debe**

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-271 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

proporcionar. La relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen **relación contractual** con la EPS correspondiente, ya que **es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar.** Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, **la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado.** No se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido.”¹²

En otras palabras, obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga recetada es poner en peligro la vida del enfermo. Tampoco se puede ordenarle directamente al Estado la entrega de un medicamento cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que, se repite, estando de por medio la vida, tiene el deber de entregar lo recetado.

Precisa finalmente la Sentencia, que “la **EMPRESA PROMOTORA DE SALUD** dispone de una **Acción de Repetición contra el Estado por medicamentos que no figuran en el listado.** Es decir, como se trata de una relación contractual, **la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado.** Además, tratándose del sida, de la ley 100 de 1993 la incluye dentro del plan de atención básico. De donde saldrá el dinero? Hay un **Fondo de Solidaridad y garantía,** inspirado previamente en el principio constitucional el de la

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S.U. 480 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la **SUBCUENTA DE "PROMOCIÓN DE LA SALUD"**. La repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.¹³ El **PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD**, se refiere especialmente cuando se presenta retardo en cotizaciones por parte del empleador. Pueden surgir problemas cuando, generalmente por culpa patronal, hay retardo en las cotizaciones por un tiempo que no sobrepasa los seis meses (evento en el cual se pierde la antigüedad para efectos de los periodos mínimos de cotización), en tal situación no se puede decir que el usuario queda retirado del servicio. La EPS puede reclamar al patrono incumplido no sólo las cuotas debidas sino la inversión hecha cuando estaba en mora. Se aclara que cuando la mora es culpa de un trabajador independiente que directamente cotiza, éste pierde derecho a la atención durante la mora, salvo que esté dentro de los parámetros del régimen subsidiado.

8.4. PRINCIPALES CASOS "NO POS" EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Los contenidos señalados anteriormente en las sentencias unificadoras, muestran la evolución jurisprudencial del No POS, producto de la actividad de revisión de tutela de la Corte Constitucional; por lo cual a continuación me permito presentar una reseña cronológica de los principales casos No POS tratados en sentencias de tutela.

8.4.1 Medicamentos: La exclusión de medicamentos es el caso mas frecuente de No POS en Colombia, estas sustancias que clínicamente se consideran fundamentales para el restablecimiento

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S.U. 480 de 1997. M.P. Alejandro Martinez Caballero.

de la Salud de las personas y principalmente para el tratamiento de la enfermedad, que evitan el dolor y previenen que las enfermedades se compliquen o degeneren en otras mas complejas; muchas veces y en todas las regiones de nuestro país se niegan por parte de las EPS, lo cual constituye una muestra de que el listado de medicamentos del POS no está de acuerdo con el perfil epidemiológico real de la población colombiana. De la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tenemos las siguientes relacionadas con este tema:

- ✓ **T-158-95** –Mora en los aportes por parte del empleador; la EPS no puede argumentar retardo en las cotizaciones cuando no es responsabilidad del trabajador, en estos casos se deben entregar los medicamentos.

- ✓ **T-088-96** –La corte señaló que las EPS pueden entregar medicamentos y tratamientos alternos, pero que sean igualmente efectivos y sin efectos colaterales.

- ✓ **T-089-96** –Reemplazo de medicamentos de acuerdo a las posibilidades de la entidad, con las condiciones anteriores.

- ✓ **T-546-96** -"El medicamento es necesario para la salud y debe ser suministrado de manera indefinida para evitar deterioro de la integridad física, y perjuicios mayores incluyendo la posibilidad de que se generen otras enfermedades, de no suministrarse el medicamento para determinada enfermedad, se estaría afectando de manera directa el derecho a la vida y a la salud, cuya protección por mandato constitucional resulta prioritaria".

- ✓ **T-648-96** –Medicamentos de cardiología; son fundamentales teniendo en cuenta que el riesgo del paciente es permanente.

- ✓ **T-013-98** –Conexión salud – vida, el derecho a la salud es susceptible de protección mediante tutela por su estrecha relación con la vida, que si es un derecho fundamental.

- ✓ **T-125-98** –Acción de Repetición contra el Estado por parte de las EPS cuando suministran medicamentos fuera del POS.

- ✓ **T-328-98** –Requisitos para obtener medicamentos fuera del P.O.S.:
 - Exclusión del medicamento del plan.
 - Que no se pueda sustituir por otro.
 - Carencia de recursos del usuario.
 - Que sea prescrito por un medico de la EPS.

- ✓ **T-409-00** –Salud mental – medicamentos psiquiátricos, es importante aclarar que la salud es física así como mental o psiquica.

8.4.2 Periodos mínimos de cotización: El segundo caso mas frecuente de No POS ocurre cuando las EPS niegan un tratamiento, medicamento, remisión o procedimiento por estar sometido a Periodos Mínimos de Cotización, es decir, cuando de acuerdo al artículo 26 del Decreto 1938 de 1994 para la prestación de un servicio médico se exigen 52 o 100 semanas de cotización al sistema, bien sea por su alto costo o por que requieren manejo quirúrgico de tipo electivo, tenemos la siguiente reseña jurisprudencial al respecto:

- ✓ **T-236-96** –Hemodiálisis, un procedimiento utilizado para el tratamiento de enfermedades renales, muy frecuentes en Colombia, era sometido a periodos mínimos de cotización, pero por su importancia se incluyó como una prestación fundamental.

- ✓ **T-114-97** –No preexistencias en el POS, se estableció que el usuario debía pagar un porcentaje de acuerdo con las semanas que le falten por cotizar.

- ✓ **T-437-97** –Se dijo por la Corte, que en el S.G.S.S.S. hay un Régimen general que no admite preexistencias, pero que existe también un Régimen Especial y es cuando se exigen Periodos Mínimos de Cotización.

- ✓ **T-606-97** –La Corte precisa el alcance del artículo 26 del Decreto 1938 de 1994, señalando en caso que se no se cumplan los Periodos Mínimos de Cotización, que “el enfermo no queda desprotegido porque tiene 3 opciones: **a-** Si está de por medio la vida, y no tiene dinero para acogerse a la opción del párrafo 2o. del artículo 26 del decreto 1938/94, la EPS lo debe tratar y la EPS podrá repetir contra el Estado. **b-** Se puede acoger al mencionado párrafo 2o. del artículo 26 del decreto 1938/94. **c-** Podrá exigirle directamente al Estado el plan de atención básico.”

- ✓ **T-607-97** –No se pueden exigir Periodos Mínimos de Cotización cuando se trate del caso de menores de edad; los derechos de los niños se consideran fundamentales.

- ✓ **T-016-99** –Cirugía de colostomía, un procedimiento de alto costo pero del cual depende la vida del enfermo, constituye una excepción a los periodos mínimos de cotización.

- ✓ **T-108-99** –En caso de que se requiera un transplante no se puede exigir periodos mínimos de cotización, estos procedimientos se aplican en casos de extrema urgencia y de ellos depende la vida del paciente (Se admiten: de corazón, medula ósea, cornea y riñón).

- ✓ **T-171-99** –El caso de una mujer embarazada infectada con VIH que requería un medicamento para evitar el contagio del nacimiento. No se exigen PMC por tratarse de derechos de los niños.

- ✓ **T-231-99** –Leucemia de un menor, no se aplican periodos mínimos de cotización por tratarse de derechos de los niños.

- ✓ **T-853-99** –Cirugía de revascularización coronaria, se considera un procedimiento de extrema urgencia para garantizar la vida del paciente, no se exigen PMC.

- ✓ **T-876-99** –No se aplican Periodos Mínimos de Cotización para un caso de Cirugía de corazón.

- ✓ **T-911-99** –Medicamentos de alto costo.

- ✓ **T-058-00** –Cirugía de corazón.

- ✓ **T-102-00** –Quimioterapia.

- ✓ **T-150-00** –Cirugía cardiovascular.

- ✓ **T-622-00** –Intervenciones por Síndrome de Down. En caso de menores de edad con esta anomalía no se exigen PMC para realizarle intervenciones tendientes a su estabilización y mejora de sus condiciones de vida. - Derechos de los niños.

- ✓ **T-1169-00** –Semanas de cotización por cambio de afiliado. El caso de un señor que al perder su empleo dejó de ser afiliado pero pasó a ser beneficiario de su hija. Para la aplicación de PMC

se debe entender que la afiliación es al sistema, no a la EPS, por tanto no se pierde la antigüedad para efecto de semanas cotizadas.

8.4.3 Sida y enfermedades catastróficas: Es importante señalar otro caso importante en el No POS, y es el relacionado con el SIDA y enfermedades denominadas catastróficas o del tipo IV de complejidad médica, dentro de los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional encontramos los siguientes:

- ✓ **T-271-95** –En esta Sentencia se hablaba de respeto al paciente infectado de VIH cuando se acoja a tratamientos, así la enfermedad no tenga un tratamiento definitivo.
- ✓ **T-312-96** –El caso de un paciente que requería una Cirugía de rodilla, un tratamiento de alto costo que no puede ser aplazado porque conlleva pérdida de funcionalidad de la pierna.
- ✓ **T-250-97** –Falta de presupuesto se relaciona con la no inclusión de preexistencias –afiliación al sistema cuyos principio son universalidad, eficacia y cobertura. Las entidades deben buscar la manera de suministrar los servicios de salud.
- ✓ **T-437-97** –No se aplican Periodos Mínimos de Cotización cuando se trate de pacientes infectados con VIH.
- ✓ **T-606-97** –Se reitera el concepto de enfermedades de alto costo según el artículo 17 de la Resolución 5261de 1994 del Ministerio de Salud.

- ✓ **T-665-97** –Medicamentos del exterior, la Corte ordena el suministro de un medicamento para el tratamiento del SIDA que no tenía registro en Colombia.

- ✓ **T-370-98** –Tratamiento de Diálisis.

- ✓ **T-328-98** –Se ordena el suministro de antiretrovirales, medicamentos importantes para prolongar la vida de enfermos de Sida.

- ✓ **T-419-98** –No se puede exigir Periodos Mínimos de Cotización para el suministro de Diálisis.

- ✓ **T-505-98** –Se refiere a un caso de cancer, una enfermedad cuyo tratamiento es de alto costo. En el caso de un niño la EPS debe prestar la atención sin importar el costo ni exigir periodos mínimos de cotización.

- ✓ **T-092-99** –Dice la Corte que las EPS deben suministrar los medicamentos para que sean necesarios para el tratamiento del VIH.

- ✓ **T-417-99** –Se deben entregar medicamentos a personas infectadas con el VIH sin aplicar periodos mínimos de cotización.

- ✓ **T-812-99** –Transplante de córnea, un procedimiento que se realiza en la ciudad de Medellín. A pesar de su costo las EPS deben suministrarlo, además se encuentra en dentro del POS.

- ✓ **T-475-00** –Implante coclear para la audición de un menor de edad, un procedimiento de alto costo pero del cual dependen derechos fundamentales de un niño.

8.4.4 Conflictos económicos en la prestación de servicios: Es importante señalar que la Jurisprudencia de la Corte ha enfatizado también en algunos problemas de tipo económico que se suscitan en la prestación del POS y del funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en salud; como en las Sentencias que se señalan a continuación:

- ✓ **T-281-96** –Falta de pago por parte del empleador. No se suspende la prestación de servicios al afiliado, ya que la mora no es su responsabilidad.

- ✓ **T-758-98** –La Acción de Tutela no define situaciones dinerarias cuando las EPS deben suministrar un servicio a través de una IPS con la que no tienen contrato.

- ✓ **T-515-00** –No aplazamiento de procedimientos por falta de presupuesto – afiliación al sistema no a la EPS. Las entidades deben buscar los recursos en los organismos del sistema cuando carecen de presupuesto y no aplazar las intervenciones a sus pacientes.

8.4.5 Tratamiento psicológico o psiquiátrico: Otro caso especial de No POS es el relacionado con la salud mental, por cuanto desde hace muchos años se debate si la atención psicológica hace parte de la salud, por lo cual en muchas ocasiones se ha negado tanto la atención psicológica como el suministro de medicamentos psiquiátricos. Al respecto, la Corte Constitucional se ha referido de la siguiente manera en sus sentencias:

- ✓ **T-573-96** –En caso de que las personas reciban atención psiquiátrica particular, la Corte reiteró en cuanto a los medicamentos fuera del POS suministrados por profesional no adscrito a la EPS – “El sistema no da lugar a que pueda obligarse a las EPS por parte de sus afiliados a la

cual están vinculados, a suministrarles los medicamentos formulados por profesionales de la salud que no pertenecen a la planta de personal de dichas entidades”

- ✓ **T-248-98** –En cuanto al concepto de la salud mental, dijo la Corte en un caso de trauma por tragedia familiar – “La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico, no solamente están comprometidos los derechos fundamentales que al paciente corresponden sino los de sus allegados más próximos, los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección, y los de la colectividad.”

8.4.6 Casos especiales: Producto de la revisión jurisprudencial realizada se encontraron varios casos importantes que de una u otra manera han causado un impacto en la sociedad colombiana y en el mismo Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que son casos muy particulares y con exclusión expresa del Plan Obligatorio de Salud según el Acuerdo 008 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se señalan las Sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se ordenó a las EPS el suministro de estos procedimientos, prótesis, elementos, y remisiones etc. de la siguiente manera:

- ✓ **T-102-98** –Mamoplastia sin fines estéticos. El caso de una mujer que requería una cirugía plástica reductora en el busto (mamoplastia), por cuanto presentaba una afección en su columna vertebral que le podía ocasionar una hernia discal que le traería consecuencias en su funcionalidad.
- ✓ **T-514-98** –El suministro de zapatos ortopédicos y un twister para un menor que padecía defectos físicos congénitos.

- ✓ **T-796-98** –Prótesis de ojo por proyectil a un menor. El caso de un niño que en el conflicto armado que se desarrolla en Colombia recibió un impacto de bala en un ojo, y requería una prótesis para garantizar el desarrollo de su personalidad en condiciones dignas. La corte dijo que las EPS disponen de la facultad de repetición contra el Estado aunque el fallo de tutela no lo mencione.

- ✓ **T-042-99** –Suministro de audífonos, para contribuir al desarrollo de otros sentidos y la recuperación de las facultades de la persona.

- ✓ **T-099-99 y T-565-99** –Suministro de pañales para incontinencia. Se consideró que los adultos mayores que padecen incontinencia se ven perjudicados en su dignidad humana, por lo cual al existir los pañales como elementos apropiados en estos casos y al no tener recursos para adquirirlos, las EPS deben suministrarlos periódicamente.

- ✓ **T-124-99** –Remisión de un menor a EEUU para transplante de médula ósea. Es importante tener en cuenta los derechos de los niños.

- ✓ **T-338-99** –Educación especial a un menor con retardo mental. En este caso se ordenó al ISS el suministro a su costo de esta atención. Se trata de proporcionarle al menor una atención adecuada en un centro especializado.

- ✓ **T-887-99** –Suministro de silla de ruedas a un menor, para de alguna manera contribuir al restablecimiento de su funcionalidad y el desarrollo de otras actividades.

- ✓ **T-926-99** –Suministro de viagra, en un caso de disfuncionalidad sexual, las personas se ven afectadas en su derecho fundamental a la Dignidad Humana e Integridad Personal.

- ✓ **T-155-00** –Suministro de oxígeno a domicilio para una persona de la tercera edad que requería este elemento en forma consecutiva, siempre y cuando existan las posibilidades en su domicilio y no requiera supervisión médica.

- ✓ **T-623-00** –Dermoabrasión, un caso de Cirugía estética con fines reconstructivos, el caso de una menor que sufrió quemaduras de segundo y tercer grado en su rostro, lo cual le afectó la boca, perdiendo capacidad de pronunciación y alimentación, además del perjuicio moral y de su dignidad humana.

9. CONCLUSIONES

1. El Estado Social de Derecho se hace responsable de la **procura existencial** de sus asociados, entendida como la garantía de unas condiciones mínimas de sobrevivencia y desarrollo integral, la cual no solamente es un fin esencial del Estado, sino la base sobre la cual se edifica y estructura todo el ordenamiento jurídico que respalda los derechos fundamentales, incluyendo el marco constitucional que regula instituciones como la propia Acción de Tutela, y que a su vez involucra al Sistema General de Seguridad Social en Salud como el mecanismo a través del cual el Estado garantiza al menos formalmente, la salud de las personas.

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

3. El compromiso de las instituciones de seguridad social no alcanza a configurar una obligación de resultado, pero es lo suficientemente amplio como para comprender la realización de las acciones encaminadas a procurar en lo posible la recuperación del paciente o a disminuir sus dolencias. Estas instituciones asumen un compromiso con la salud del afiliado, como un derecho conexo con la vida.

4. La asignación de responsabilidades en materia de prestación de servicios de salud en Colombia es de la siguiente manera: **Primer Nivel:** A los Municipios y a los Distritos, la dirección

y prestación de servicios de salud del primer nivel de atención, que comprende los hospitales locales, los centros de salud y los puestos de salud. **En los Demás Niveles:** A los Departamentos y a los Distritos Especiales, la dirección y prestación de servicios de salud del segundo y tercer nivel de atención que comprende los hospitales regionales, universitarios, y especializados. La prestación de servicios de atención médica, en el caso del Instituto Nacional de Cancerología, continúa a cargo de la Nación.

5. Al encontrarse dentro del Sistema, las personas tienen derecho a unos servicios médico asistenciales, los cuales están determinados en un Plan Obligatorio de Salud - P.O.S., que no es otra cosa que el conjunto de beneficios (medicamentos, tratamientos y procedimientos) que las entidades responsables del sistema (E.P.S. o A.R.S. según el régimen) se comprometen a prestar. Sin embargo, por el modelo de Estado Social de Derecho, y por ser el Estado el responsable de la Seguridad Social y del respeto por los Derechos Fundamentales, surgió la necesidad de crear un organismo que respondiera por los riesgos del Sistema, para lo cual se creó el Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA, el cual a través de sus diferentes subcuentas garantiza de alguna manera riesgos como accidentes de tránsito y eventos que se encuentran fuera del P.O.S. subsidiado y del P.O.S. del régimen contributivo.

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

7. Los periodos mínimos de cotización que fueron instituidos por el artículo 26 del decreto 1938 de 1994, como requisitos mínimos para la prestación de algunos servicios en salud, (que en ningún caso pueden exceder las 100 semanas), no son una limitante a los derechos de los usuarios, ya que si estos no cumplen con tal requisito disponen de tres mecanismos: **a-** Si está de por medio la vida, y no tiene dinero para acogerse a la opción del parágrafo 2o. del artículo 26 del decreto 1938/94, la EPS lo debe tratar y la EPS podrá repetir contra el Estado. **b-** Se puede acoger al mencionado parágrafo 2o. del artículo 26 del decreto 1938/94, es decir pagar el porcentaje que le corresponda de acuerdo a las semanas de cotización que le falten. **c-** Podrá exigirle directamente al Estado el plan de atención básico PAB.

8. El término "No P.O.S." es utilizado en la academia al igual que en la doctrina y en algunas jurisprudencias para definir aquellas situaciones, o conjunto de servicios de salud que por virtud de lo establecido en el Plan Obligatorio de Salud, las Entidades no se obligan a prestarlos, bien sea por que su prestación no se considera fundamental para el restablecimiento de la salud y la vida de las personas, o porque tienen un costo muy elevado que no compensa las condiciones bajo las cuales estas entidades se hicieron responsables de prestar servicios de salud en Colombia. Tales eventos se encuentran contemplados en el artículo 7 del Acuerdo 008 de julio 6 de 1994 del C.N.S.S.S.

9. Se define la "Acción de Tutela No-P.O.S." como una acción que puede ser interpuesta por cualquier persona, en cualquier momento y lugar; a la que se dará un procedimiento preferente y sumario, cuyo objeto es la protección efectiva de los derechos fundamentales, principalmente la vida, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o entidad y esencialmente por la extrema necesidad de requerir un tratamiento, un medicamento, una remisión o un procedimiento para el restablecimiento de su salud y por ende la protección de su vida. El fallo de la Acción de Tutela No - P.O.S. es de obligatorio e inmediato cumplimiento, aunque puede ser impugnado ante el juez competente. Se establece la Acción de

Tutela No-P.O.S. como un mecanismo rápido, cuya procedencia radica en que el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, es decir, que al determinar su procedencia puede considerarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

10. La Acción de Tutela No-P.O.S. es el instrumento jurídico idóneo del cual disponen los Colombianos para obtener una adecuada prestación de los servicios de salud, la cual debe entenderse como una salud no solo física sino espiritual o psicológica. Esta acción no sólo procede cuando esté de por medio la vida de las personas sino que protege todos sus derechos fundamentales como la igualdad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, etc. Además procede en casos especiales de extrema urgencia y en defensa de los derechos de los niños cuyos derechos se consideran fundamentales para todos los efectos. La Corte Constitucional ha establecido un precedente importante que ha sido implementado en los distintos despachos judiciales del País. De tal manera que la Acción de Tutela No-P.O.S. se estructura como un elemento de gran utilidad a la sociedad colombiana

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela una acción humanitaria. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993. 643 p.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T. 158 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia T. 088 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

_____. Sentencia T. 089 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

_____. Sentencia T. 236 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia T.281 de 1996. M.P. Julio César Ortiz G.

_____. Sentencia T. 312 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T. 546 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia T. 573 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia T. 648 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia T. 114 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T. 250 de 1997. M.P. José Gregorio Hernandez G.

_____. Sentencia T. 437 de 1997. M.P. José Gregorio Hernandez G.

_____. Sentencia S.U. 480 de 1997. M.P. Alejandro Martinez Caballero.

_____. Sentencia T. 606 de 1997. M.P. Alejandro Martinez Caballero.

_____. Sentencia T. 607 de 1997. M.P. Alejandro Martinez Caballero.

_____. Sentencia T. 665 de 1997. M.P. Alejandro Martinez Caballero.

_____. Sentencia T. 013 de 1998. M.P. Alejandro Martinez Caballero.

_____. Sentencia S.U. 039 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia T.102 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia T. 328 de 1998. M.P. Fabio Morón Diaz.

_____. Sentencia T. 370 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia T. 419 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia T. 505 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.514 de 1998. M.P. José Gregorio Hernandez G.

_____. Sentencia T. 758 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia T. 796 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia T. 016 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T. 042 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia T. 092 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia T. 099 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia T. 108 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T. 124 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

_____. Sentencia T. 171 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T. 231 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T. 338 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

_____. Sentencia T. 417 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica M.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T. 565 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia T. 812 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Diaz.

_____. Sentencia S.U. 819 de 1999. M.P. Alvaro Tafúr Galvis.

_____. Sentencia T. 853 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Diaz.

_____. Sentencia T. 876 de 1999. M.P. José Gregorio Hernandez G.

_____. Sentencia T. 887 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Diaz.

_____. Sentencia T. 911 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Diaz.

_____. Sentencia T. 926 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Diaz.

_____. Sentencia T. 058 de 2000. M.P. José Gregorio Hernandez G.

_____. Sentencia T. 102 de 2000. M.P. José Gregorio Hernandez G.

_____. Sentencia T. 150 de 2000. M.P. José Gregorio Hernandez G.

_____. Sentencia T. 155 de 2000. M.P. José Gregorio Hernandez G.

_____. Sentencia T. 271 de 1995. M.P. Ajelandro Martinez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T. 409 de 2000. M.P. Alvaro Tafúr Galvis.

_____. Sentencia T. 475 de 2000. M.P. Alvaro Tafúr Galvis.

_____. Sentencia T. 515 de 2000. M.P. Alvaro Tafúr Galvis.

_____. Sentencia T. 517 de 2000. M.P. Alvaro Tafúr Galvis.

_____. Sentencia T. 622 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

_____. Sentencia T. 623 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T. 1169 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

GARCIA PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Bogotá: Obras Completas II - Centro de Estudios Constitucionales, 2000. 346 p.

JARAMILLO PEREZ, Iván. Comentarios a la reforma de seguridad social. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994. 191 p.

LEGIS S.A. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Editorial Legis S.A., 2000. 290 p.

_____. Jurisprudencia y doctrina – revista mensual. Bogotá: Legis S.A.

_____. Legislación – revista quincenal de información y consulta. Bogotá: Legis S.A.

MINISTERIO DE SALUD. Sistema de Consulta de Normas Jurídicas de Seguridad Social en Salud. Bogotá, 2001.

NARANJO MEZA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Bogotá: Editorial Temis, 1997. 674 p.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Madrid: Vigésima primera edición, 1994. 2133 p.

SAGUÉS-BIDART CAMPOS. Inconstitucionalidad por omisión. Bogotá: Temis, 1997. 171 p.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Disposiciones legales y circulares externas. Bogotá. 1994, 239 p.

VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Teoría y práctica de la seguridad social. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1997. 414 p.

ANEXO: MODELO DE "ACCION DE TUTELA NO P.O.S."

(Lugar y Fecha)

Señor:

JUEZ DE TUTELA (R.)

E. S. D.

Ref: ACCION DE TUTELA

(NOMBRE DEL ACCIONANTE), mayor de edad identificado(a) con C.C. No. _____ expedida en _____, domiciliado(a) en Pasto, y residente en _____ Barrio _____, respetuosamente acudo a su despacho a instaurar la presente **ACCION DE TUTELA** en contra de _(Entidad donde se encuentra afiliado)_, entidad promotora de salud, representada legalmente por el señor _____, o por quien haga sus veces, con el objeto de proteger mis **DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES**, con fundamento en los siguientes

1. HECHOS

1. _____.
2. _____.
3. _____ (...)

2. CONSIDERACIONES

1. De acuerdo a los hechos narrados anteriormente, se configura la violación de los derechos

constitucionales de índole fundamental a la **vida, a la salud y a la seguridad social**.

2. Cabe precisar que tanto el **derecho a la salud**, contenido en el Art.49, como el **derecho a la seguridad social**, plasmado en el Art.48, ambos del Estatuto Superior; son de carácter fundamentales y susceptibles de protección mediante la acción de tutela, cuando su vulneración o potencial amenaza compromete otros derechos fundamentales como el de la **vida**, esgrimido por el Art.11 ibídem, tal como sucede en este caso; ya que si no se da un tratamiento adecuado a mi enfermedad, esta progresará de tal manera que se agravarán mis condiciones de salud, y por consiguiente, amenazando y poniendo en peligro mi vida.

3. Ahora, el derecho a **la vida en esta circunstancia tan especial, es de tal trascendencia que viene a ser la causa última de todos los derechos y se complementa con otros, como son los que se refieren a la integridad personal y a la salud, sin perjuicio de la autonomía que les corresponde**. De todas formas, se concluye de lo dicho, que el abandono y la insensibilidad de la (Entidad donde se encuentra afiliado) frente a personas que siendo beneficiarias del Régimen (Subsidiado o Contributivo) y que padecen de enfermedades graves o incurables, no se justifica teniendo en cuenta que en virtud de la Ley 100 de 1993, estas personas tienen derecho a un Plan Obligatorio de Salud - P.O.S., y a una **atención digna en los centros asistenciales, y de traslados y remisiones a otros centros cuando el tratamiento requerido sea más delicado o de mayor trascendencia**.

4. Además de que el derecho a la salud y a la seguridad social están contenidos en la Carta Fundamental, también su fundamento se lo puede hallar plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en diversos pactos económicos, sociales y culturales, sobre la base

de que **su contenido busca la conservación, restablecimiento y mejoramiento del estado de salud, en búsqueda de una mejor calidad de vida.**

5. Por eso, es dable que por medio de los avances de las ciencias de la salud, en mi caso los (exámenes necesarios, tratamientos, medicamentos, o una remisión a otra ciudad, etc.), se busque el mejoramiento y preservación de la calidad de vida de todo paciente.

6. Si bien es cierto, dentro del **Sistema General de Seguridad Social en Salud** establecido por la **Ley 100 de 1993**, las (E.P.S. o A.R.S.) sólo se comprometen a prestar un **P.O.S.** (Plan Obligatorio de Salud) que es general para todas estas entidades, cuando un tratamiento o medicamento se encuentre por fuera de ese P.O.S., las entidades promotoras de salud están en la obligación de prestar estos servicios, ya que **están facultadas para repetir contra el Estado** (quien es el responsable de garantizar la salud de las personas) a través del **FOSYGA**, Fondo de Seguridad y Garantías en Salud, **-cuenta adscrita al Ministerio de Salud-**, para su reconocimiento, de tal manera que la (Entidad) en casos como este no puede justificarse argumentando la carencia de recursos, ni mucho menos que los medicamentos, exámenes, remisiones o tratamientos que necesiten sus afiliados estén fuera de formulario o fuera del P.O.S. que presta, ya que en realidad quien terminará pagando estos tratamientos no es la entidad sino el Estado a través del FOSYGA – Subcuenta de Solidaridad.

La CORTE CONSTITUCIONAL en varias de sus providencias de tutela ha sido clara en reconocer que **la vida no es sólo un derecho fundamental sino el pilar sobre el que se sustentan todos los derechos, y como tal se encuentra establecida como fin primordial del Estado Social De Derecho** como se ha establecido Colombia a la luz de la CONSTITUCION POLITICA de 1991.

Igualmente se ha dicho por esta corporación y por la doctrina que **así la SEGURIDAD SOCIAL no aparezca en la lista de Derechos Fundamentales consagrada en la Carta Política, si es susceptible de tutela por parte del Estado cuando involucre o se relacione con el derecho a la vida de las personas;** es decir enmarcada como un fin del Estado Social de Derecho y un Derecho Fundamental por destinación; lo cual sustento en la **naturaleza jurídica de la Seguridad Social** la que se establece como **un servicio público obligatorio a cargo del Estado,** y que **por conexidad puede ser tutelado al atentar abiertamente contra los Derechos Fundamentales,** en mi caso, LA DIGNIDAD HUMANA, LA IGUALDAD Y LA VIDA - el más importante de ellos-.

A continuación presento a Usted Señor Juez de Tutela algunas de las providencias de la CORTE CONSTITUCIONAL donde se recalca la importancia de la salud y la Seguridad Social cuando está íntimamente ligada al Derecho a la Vida.

- “La salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa, por ello cuando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida y lo mismo ocurre cuando se refiere al derecho a la integridad física. Es decir se trata de concreciones del derecho a la vida, mas no de bienes jurídicos desligados de la vida humana, porque se conexidad próxima es inminente” (SENTENCIA T-493 DE 1994 M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA).
- “La vida que es debida al nombre en justicia es la vida digna, es decir, íntegra y saludable en otros términos, al ser la salud una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: “Al hombre no se le debe una vida cualquiera sino una vida saludable” (SENTENCIA T-494 DE 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA).

3. PRETENSIONES

A través de un proceso preferente y sumario, como lo determina el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, solicito a su despacho se sirva disponer lo siguiente:

1. Tutelar mis derechos constitucionales fundamentales a la vida, dignidad humana, a la igualdad, a la salud y a la seguridad social que han sido vulnerados por la (Entidad).

2. En consecuencia se ordene a (Entidad), inmediatamente disponga:
 - a) El suministro de (exámenes, medicamentos, tratamientos, procedimientos, remisión, etc.) y de los demás exámenes necesarios para el tratamiento serio y especializado de la enfermedad que vengo padeciendo.

 - b) Se ordene a (entidad) brindarme los (exámenes, medicamentos, tratamientos, procedimientos, remisión, etc.) necesarios para el restablecimiento de mi salud, según el criterio del médico tratante, y todo aquello que contribuya a mejorar mi calidad de vida y dignidad humana.

3. Se prevenga a la (entidad), para que en lo sucesivo se abstenga de interrumpir nuevamente mi tratamiento, e igualmente disponga lo necesario para mi atención en el centro asistencial que se requiera para ello, puesto que sin ello se pone en peligro mi vida.

4. FUNDAMENTO JURIDICO

Fundamento esta acción de tutela en los artículos: 11 del Derecho a la vida, 48 del Derecho a la Seguridad Social, 49 del Derecho a la Salud, igualmente en el Art.86 de la Constitución Política y en

los decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 306 de 1992, igualmente en la declaración Universal de los Derechos Humanos y políticos, y Art.25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y demás normas concordantes.

5. PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de los derechos constitucionales solicito a ese despacho se sirva considerar las siguientes pruebas:

1. DECLARACION DE PARTE:

- a. Solicito se tenga en cuenta mi declaración; (nombre y dirección).

2. TESTIMONIALES:

- a. _____, médico tratante, Dirección:_____.
- b. _____, Dirección:_____.

3. DOCUMENTALES:

- a. Fotocopia de mi cédula de ciudadanía.
- b. Fotocopia del carné que me acredita como afiliado o beneficiario de (entidad).
- c. Copias de las interconsultas o resumen de la Historia Clínica, donde se demuestra la atención que he recibido y la urgencia de mi tratamiento.
- d. Diagnósticos realizados.
- e. Relación de los medicamentos que se han aplicado para el control transitorio de mi enfermedad.

6. COMPETENCIA

Es Usted Señor Juez competente, para conocer de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta en donde ha ocurrido la violación o vulneración de mis derechos, conforme a lo previsto en el Art.37 del Decreto 2591 de 1991.

7. JURAMENTO

Para los efectos previstos en el Art.37 del decreto 2591 de 1991 manifiesto bajo la gravedad del juramento que no he instaurado acción de tutela por los mismos hechos y derechos violados, ante ninguna autoridad judicial.

8. ANEXOS

- Copia de la presente ACCION DE TUTELA.
- Copia de los demás documentos relacionados en el acápite de las pruebas documentales.

9. NOTIFICACIONES

En lo posible las recibiré personalmente en su despacho, o en su defecto solicito se me hagan llegar a mi residencia, (dirección del accionante).

La Gerencia de la (entidad) se encuentra en la SEDE ADMINISTRATIVA ubicada en (dirección),

Teléfono: _____.

De usted Atentamente;

(Nombre del accionante)

C.C. No. (Identificación)