



Sentencia 463 de 2008 Corte Constitucional

SENTENCIA C-463/08

Referencia: expediente D-7013

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal j (parcial) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007

Demandante: José Alfredo Hauptmann Munevar

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., Mayo catorce (14) del dos mil ocho (2008)

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano José Alfredo Hauptmann Munevar en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra el literal j (parcial) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", a la cual correspondió el expediente D-7013.

Mediante Auto del dieciséis (16) de noviembre de dos mil siete (2007), fue admitida por el Despacho la demanda presentada, por cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991.

En consecuencia se dispuso fijar en lista el presente proceso en la Secretaría General de la Corte por el término de diez (10) días, para efectos de permitir la intervención ciudadana, y simultáneamente, correr traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto correspondiente. Igualmente, se dispuso comunicar la iniciación del presente proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República, a los Ministros de Hacienda y Crédito Público, y al de Protección Social, para que si lo consideraban conveniente, intervinieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto dentro de este proceso de constitucionalidad.

Así mismo se invitó a participar dentro de este proceso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a las Facultades de Derecho de la Universidad Santo Tomás, de la Universidad Popular del Cesar, y de la Universidad del Norte, con el fin de que emitieran su opinión sobre la disposición materia de impugnación.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, acorde con su publicación en el Diario Oficial No. 46506 de enero 09 de 2007:

"LEY NÚMERO 1122 DE 2007

(enero 9)

Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

ART. 14.- Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo

financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

...

j) En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud." (texto subrayado demandado)

III. DEMANDA

El demandante considera que la expresión demandada viola el artículo 13 de la Constitución Nacional, por cuanto la disposición acusada al establecer un mecanismo para que los usuarios del Régimen Contributivo puedan acceder a prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud - POS, con cargo al Estado, y siempre que se trate de medicamentos para enfermedades de alto costo, otorga una protección deficiente al excluir situaciones análogas de dicha protección, lo cual implica en su criterio una clara violación del principio de igualdad.

El anterior aserto lo justifica, en la medida en que considera que la disposición acusada no cubrió todos los eventos que debió abarcar, por cuanto no estableció el mismo o un similar tratamiento para los usuarios del régimen contributivo que requieren prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud - POS, en un doble sentido: en primer lugar, en relación con enfermedades que no son de alto costo y, en segundo lugar, en relación no sólo con medicamentos, sino también con servicios de salud en general, como actividades, intervenciones y procedimientos bien sean de alto costo o no.

El actor considera que dicha exclusión constituye una "omisión legislativa parcial" y que es una omisión desproporcionada "*por cuanto no consulta los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, por lo cual la norma demandada debe ser declarada inconstitucional.*"

Aduce el demandante que esta exclusión afecta de manera directa los derechos fundamentales a la vida, la dignidad y la salud en conexidad con la vida, así como los derechos fundamentales a la salud y seguridad social, en especial de los niños y las personas de la tercera edad.

En relación con la omisión legislativa relativa, argumenta el actor que "*(l)a omisión legislativa o protección deficiente del legislador se presenta cuando éste, en desarrollo de los deberes que le impone la Constitución Política, de manera expresa o tácita excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.*" Y cita para ello la sentencia C-543 de 1996, haciendo hincapié en la omisión relativa del legislador cuando se presenta violación al principio de igualdad.

De esta manera procede el accionante, a sustentar la violación al principio de igualdad, y a mostrar cómo la omisión legislativa relativa resulta desproporcionada por no consultar los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, con base en los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, argumenta el actor que la norma otorga un trato diferente a personas colocadas en una situación de hecho análoga. Así, hace relación el demandante al ámbito de aplicación de la norma y observa que mediante la disposición demandada se establece que los usuarios del Régimen Contributivo en salud pueden pedir a su respectiva Entidad Promotora de Salud - EPS, medicamentos para enfermedades de alto costo no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud - POS, cuando se afecten sus *derechos fundamentales*.

En este sentido, anota el demandante que el mecanismo para el suministro de medicamentos no POS para enfermedades de alto costo consiste en que la EPS los autoriza y suministra, previa aprobación de su Comité Técnico Científico - CTC, y recobra el costo de los mismos al Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA.

Señala el actor que no obstante la norma demandada no señala expresamente que dicha disposición se aplica únicamente para los casos en que las prestaciones no POS son necesarias por haberse afectado los *derechos fundamentales*, esta implicación se deduce del mismo tenor de la norma, en cuanto señala así mismo que si la EPS no estudia oportunamente las solicitudes en relación con los medicamentos no cubiertos por el POS para enfermedades de alto costo y no las tramita ante su Comité Técnico Científico - CTC, y en caso de que se obligue al cubrimiento del medicamento vía fallo de tutela, la EPS deberá cubrir la mitad del costo del mismo.

Lo anterior indica, a juicio del accionante, que las solicitudes de medicamentos no cubiertos por el POS en el caso de enfermedades de alto costo se encuentran ligados a la vulneración de derechos fundamentales, recordando para ello que las prestaciones no POS se ordenan mediante fallo

de tutela únicamente cuando se afectan los *derechos fundamentales* y los requisitos que ha establecido la jurisprudencia constitucional para su procedencia.

En relación con los grupos de personas en situación análoga que fueron excluidos del ámbito de protección de la norma, observa el demandante que la norma acusada no incluyó a los siguientes grupos de personas que requieren prestaciones no POS para salvaguardar sus derechos fundamentales: personas que requieren medicamentos y/o servicios de salud, como actividades, intervenciones y procedimientos que no son de alto costo, y personas que requieren servicios de salud, como actividades, intervenciones y procedimientos, de alto costo.

A juicio del demandante, tanto el grupo de personas protegidas por la disposición normativa demandada como los grupos de personas excluidos por dicha norma, merecen el mismo tratamiento, ya que de un lado, se trata de "*afiliados del régimen contributivo que requieren prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud - POS, con el fin de proteger sus derechos fundamentales*" bien sean éstos adultos o menores de edad, y de otro lado, en todas las situaciones aludidas "*se trata de las prestaciones que no han sido delegadas por el Estado a las EPS, y cuyo suministro en consecuencia, es una obligación en cabeza del primero*".

En relación a esto último, señala el accionante que la delegación del Estado en las Entidades Promotoras de Salud - EPS para la prestación del Plan Obligatorio de Salud - POS, implica que éstas ocupan el lugar del Estado para la prestación de los servicios contenidos en este plan, de conformidad con lo reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencias como la SU-480 de 1997.

A este respecto observa que por la organización y garantía del POS a sus afiliados, las EPS reciben una Unidad de Pago por Capitación - UPC, para cuya definición se tiene en cuenta el costo de los servicios incluidos en el plan (Artículos 156 literal f, y 182 de la Ley 100 de 1993), lo cual significa que los servicios no contenidos en el POS, no se encuentran financiados en la Unidad de Pago por Capitación - UPC que reciben las Entidades Promotoras de Salud - EPS, y su prestación, al no haber sido delegada por el Estado, se encuentra a cargo de este último.

De lo anterior, deduce el actor, que las situaciones a las que se alude en la demanda, esto es la situación prevista por la norma demandada, así como las situaciones excluidas en la misma, hacen relación al conjunto de prestaciones en salud no incluidas en el POS, y que deben ser suministradas por el Estado cuando se afectan los derechos fundamentales de los usuarios del Régimen Contributivo en salud. A este respecto anota el demandante, que en ambas situaciones el papel de las EPS es el de actuar como mandatarias del Estado para el suministro de prestaciones no contenidas en el Plan Obligatorio de Salud - POS, de manera tal que la EPS las suministre y repita contra el Estado por el costo total que no ha sido financiado en la Unidad de Pago por Capitación - UPC.

A continuación observa el demandante que si bien es cierto, que los medicamentos no POS para enfermedades de alto costo tienen costos generalmente elevados, que desbordan la capacidad de pago de la mayoría de los colombianos, esta característica no es exclusiva de dichos medicamentos, sino que también la comporten los servicios no POS para enfermedades de alto costo, así como también los medicamentos y servicios no POS para enfermedades que no están catalogadas como de alto costo.

Como ejemplo de los servicios no POS con precios significativamente altos, para enfermedades que no son calificadas como de alto costo, menciona el demandante el caso de la obesidad mórbida cuya cirugía bariátrica tiene un costo aproximado para el usuario de entre quince millones (15'000.000) a treinta millones (30'000.000) de pesos, así como la artritis reumatoidea cuyo tratamiento "Etosuximida" tiene un costo aproximado de tres millones de pesos (3'000.000)

De otro lado, el accionante trae como ejemplo de medicamentos no POS con precios significativamente altos, para enfermedades que no son calificadas como de alto costo, las enfermedades relacionadas con el crecimiento en relación con la edad que requieren una hormona de crecimiento que tiene un costo aproximado de cuatrocientos mil pesos mensuales (400.000), el síndrome de Gaucher (enfermedad metabólica) cuyos medicamentos tienen un costo aproximado de doscientos millones de pesos (220'000.000) al año, así como el síndrome de Fabry (enfermedad metabólica), el caso de los niños prematuros, o la Psepsis multiresistente cuyos medicamentos para su tratamiento tienen un costo aproximado de un millón de pesos en adelante.

Así mismo, el actor menciona como ejemplo de insumos no POS con precios significativamente altos, para enfermedades que son calificadas como de alto costo, la enfermedad coronaria cuyo tratamiento con "Stent" tiene un costo aproximado para el usuario de seis millones de pesos (6'000.000).

Con fundamento en lo anterior, el demandante concluye que "*tanto los usuarios protegidos por la norma demandada, como los tres grupos de usuarios señalados en el presente punto, se encuentran en igual situación de hecho*".

Finalmente, el actor en esta primera parte de su escrito de demanda, afirma que no existe ninguna norma vigente que supla la omisión legislativa relativa que considera se configura en este caso.

En relación con este tema, afirma el demandante en primer término que en lo que toca con los medicamentos, ninguna norma vigente faculta a los Comités Técnico Científicos - CTC para autorizar medicamentos no POS para enfermedades diferentes a las de alto costo.

Así menciona el actor, que "*el artículo 8º del Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS, estableció de manera general que "Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo, previa aprobación del Comité Técnico Científico"* (se resalta), lo cual se reiteró en la Resolución 2933 de 2006 proferida por el Ministerio de la Protección Social, en la cual se señalaron los criterios que se deben tener en cuenta para el efecto.

No obstante que de acuerdo con dichas disposiciones, los Comités Técnico Científicos - CTC podían autorizar medicamentos no POS para

enfermedades que no son de alto costo, la norma demandada, que prevalece sobre las recién citadas por tratarse de una norma posterior y de mayor jerarquía, limitó dicha facultad a los medicamentos para enfermedades de alto costo".

En lo que respecta a los servicios no POS, afirma el demandante que ninguna norma jurídica ha facultado a los Comités Técnico Científicos - CTC para autorizar servicios (actividades, intervenciones y procedimientos) no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud - POS.

Respecto de esto último menciona "que tanto el Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - CNSSS, como la Resolución 2933 de 2006, se refieren de manera exclusiva a la facultad de los Comités Técnico Científicos - CTC para autorizar medicamentos no POS para proteger los derechos a la salud y la vida de los usuarios".

En atención a la falta de competencia de los Comités Técnico Científicos - CTC para autorizar prestaciones no POS diferentes a medicamentos para enfermedades de alto costo, dichas prestaciones son ordenadas siempre por los jueces de tutela y su recobro se realiza de acuerdo con lo establecido en la mencionada Resolución (Artículos 11 y 13, entre otros)".

2. En segundo lugar pasa a analizar el accionante el cumplimiento del test- de proporcionalidad en materia de igualdad, afirmando que el tratamiento desigual consagrado por la norma no respecta ni el subprincipio de idoneidad, ni de necesidad, ni el de proporcionalidad en sentido estricto.

2.1 Respecto del subprincipio de idoneidad, considera el actor que "de acuerdo con este principio, la omisión legislativa es inconstitucional cuando no esté justificada por la necesidad de atender otros fines constitucionalmente legítimos, de tal manera que las omisiones arbitrarias son inconstitucionales".

Alega el ciudadano que el propósito de la medida es salvaguardar los *derechos fundamentales* de los usuarios, cuando estos se ven afectados por la necesidad de recibir prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud - POS, y que esta necesidad de los usuarios del Régimen Contributivo es la misma bien se trate de medicamentos y/o servicios médicos tanto para enfermedades de alto costo o para aquellas que no son consideradas como de alto costo.

Por tanto, encuentra el accionante que "(n)o existen razones que justifiquen privilegiar a un grupo de personas (usuarios del grupo a), protegiendo sus derechos fundamentales mediante el otorgamiento de prestaciones no cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud - POS a través de las autorizaciones de los Comités Técnico Científicos - CTC, en perjuicio de otros grupos de personas ..., quienes para acceder a las prestaciones no POS requeridas para salvaguardar sus derechos fundamentales, deben continuar ejerciendo la acción de tutela"

De lo anterior concluye el ciudadano que las expresiones acusadas de la norma demandada no poseen una finalidad legítima, ya que en su criterio se trata de una "*omisión arbitraria*", razón por la cual debe declararse inexistente.

Afirma el accionante sin embargo, que se podría argumentar que una de las finalidades que justificaría las restricciones legislativas, se relacionaría con las limitaciones económicas del Estado. Frente a esto afirma que "(l)a limitación contenida en la norma demandada no es apta para el logro de la finalidad consistente en salvaguardar las finanzas del Estado" y sustenta su afirmación aduciendo que en todo caso los jueces de tutela en aras de proteger los derechos fundamentales ordenan el suministro de prestaciones no POS para todos los usuarios bien se trate de medicamentos y/o servicios médicos para tratar enfermedades de alto costo o de no alto costo. Sostiene así mismo el ciudadano que estas órdenes se dan con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, lo cual se explica por cuanto en materia de prestaciones no POS, las EPS actúan como mandatarias del Estado, y posteriormente repiten contra el Estado por vía de recobro.

Para el actor es claro que de no haberse incurrido en la protección deficiente de no incluir sino los medicamentos para enfermedades de alto costo, los demás usuarios, es decir aquellos que requieran medicamentos y/o servicios de no alto costo o servicios médicos de alto costo "*no tendrían que acudir a la tutela para acceder a las prestaciones no POS necesarias para proteger sus derechos fundamentales*".

Así mismo, considera el ciudadano que "*en caso de no haberse incurrido en la protección deficiente en mención, las finanzas del Estado no se verían afectadas por el suministro de las prestaciones no POS no contenidas en la norma demandada, puesto que el FOSYGA igualmente las cubre cuando son ordenadas por los jueces de tutela*".

Con fundamento en todo lo anterior, concluye el ciudadano que "*toda vez que la protección deficiente no es idónea para favorecer los recursos del Estado, procede la declaratoria de inexistencia*".

2.2 En relación al subprincipio de necesidad considera el actor que la norma demandada no respeta dicho subprincipio, de acuerdo con el cual "*la norma es inconstitucional si existe otra medida legal alternativa que proteja en mejor grado el derecho social y favorezca la realización del fin de la disposición con la misma intensidad*", ya que a su juicio, si se hubieran incluido a todos los usuarios excluidos del ámbito de protección de la norma "*se protegerían en mejor grado sus derechos fundamentales, puesto que podrían acceder a las prestaciones no POS cuando éstos se afectan, sin tener que recurrir a la acción de tutela, y sin que se cause ninguna alteración en las finanzas del Estado*".

Sobre este punto, concluye el demandante que la falta de necesidad de la restricción legislativa contenida en la norma demandada, hace procedente la declaratoria de inexistencia solicitada.

2.3 Con relación al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, considera el actor que la limitación al derecho a la igualdad por la norma acusada no es "*proporcional en stricto sensu*", ya que la "*omisión legislativa relativa es inconstitucional cuando el beneficio para el fin legislativo no compensa con los sacrificios que conlleva la medida*" y en este caso encuentra el actor que la protección deficiente de la norma demandada

resulta desproporcionada ya que "(l)a falta de beneficios desde el punto de vista económico para las finanzas del Estado, hace evidente la desproporción frente al grado de no protección de los derechos fundamentales de los (...) usuarios del régimen contributivo [no incluidos en la disposición]":

Considera el ciudadano que esta desproporción relativa al grado de afectación de los derechos fundamentales en materia de salud se acentúa cuando se trata de los derechos a la salud y seguridad social de los niños y de las personas de la tercera edad.

De lo anteriormente expuesto, concluye el ciudadano que "la protección deficiente y el tratamiento discriminatorio no consulta el principio de proporcionalidad, procede la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones "de alto costo" y "medicamentos", contenidas en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007".

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social, por intermedio de apoderada judicial, expuso las siguientes razones para propender por la exequibilidad del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

1.1 En criterio del Ministerio, la acción de tutela se ha convertido en un instrumento de uso necesario para el logro de la prestación del servicio de salud, en mayor porcentaje en las enfermedades de alto costo, lo que hace pensar la ausencia de cobertura universal, la existencia de barreras de acceso tales como autorizaciones y períodos de carencia y las diferencias persistentes en los contenidos de los planes de beneficio.

"Por lo menos dos razones poderosas produjeron esta dramática situación. Por una parte, la acción de tutela, en general, se instaló en el imaginario colectivo como el mecanismo de justicia realizable, de manera oportuna y expedita, reconocida como una institución legítima de reconocida eficacia. A través de ellas se han solucionado un sin número de problemas ciudadanos que, en otro contexto, debían soportar una prolongada espera (y un consecuente sacrificio de derechos fundamentales) o no tenían solución alguna. De otro lado, la negativa continuada de los aseguradores, principalmente, en garantizar el acceso a los servicios de salud, cuya continuidad debe estar garantizada en su carácter de servicio público, generando un desequilibrio evidente en la relación de salud (asegurador-asegurado) y un desespero ciudadano en recibir una pronta solución a un padecimiento. Esa conjunción produjo como resultado un incremento generalizado de las acciones de tutela (en 1997 se llega a cerca de un total de 50 mil acciones de tutelas y en los años siguientes se ha instalado en 200 mil), en donde la proporción de las mismas tiene que ver con el acceso y la prestación de servicios de salud.

"A este escenario debe sumarse una práctica adoptada y además peligrosa llevada a cabo por algunas Entidades Promotoras de Salud que, aprovechando esa dinámica, instan al ciudadano a acudir a esta acción (con modelos prediseñados que abarrotan además de los despachos judiciales, a este Ministerio y a la Superintendencia Nacional de Salud), con el fin de obtener rentas, en general, decisiones en las cuales se les permita un recobro al FOSYGA sin tener derecho a ello".

La disposición demandada pretende establecer un mecanismo que corrija estas asimetrías e ineficiencias y permita la viabilidad financiera de los diferentes actores del sistema y a su vez, impida la generación de barreras de acceso a poblaciones que presenten patologías de alto costo.

El objetivo de la Ley 1122 de 2007 fue adecuar varios de los aspectos de la Ley 100 de 1993 para el mejoramiento de la prestación de los servicios de salud, así se aumentaron los recursos con el fin de lograr la ansiada cobertura universal y se expedieron medidas con el propósito de proteger o garantizar el flujo de los recursos, se acentuaron las obligaciones a cargo de las entidades promotoras de salud y la responsabilidad que asumen y se fortalecieron los aspectos relacionados con la habilitación y la tecnificación de éstas, entre otras medidas.

1.2 De otra parte, en criterio del Ministerio La cláusula "social" del Estado de Derecho implica como vértice del actuar del Estado la dignidad humana, la prevalencia del interés general y la efectividad de los derechos.

"La consagración del Estado Social de derecho incorpora un salto cualitativo en la concepción de derechos y deberes ciudadanos que descansa en un horizonte garantista. Al hablar de social, el referente próximo ha sido la búsqueda incansable de normas y soluciones que consulten la especial situación de los individuos que se desarrollan en él. Tal circunstancia ha sido un logro de las tendencias de derecho alternativo con base en las cuales se propugna por la denominada "aplicación edificante" del derecho en contraposición con la 'aplicación técnica' del mismo".

El artículo 48 y 49 de la Constitución Política establece que tanto la seguridad social como la salud son servicios públicos esenciales (artículo 4º de la Ley 100 de 1993) a cargo del Estado, cuya función se centra en desarrollar labores de dirección, coordinación y control con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad de las entidades privadas prestadoras del servicio de salud, toda vez que su actividad debe estar enmarcada dentro de una función social que implica obligaciones acordes con los principios y valores fundamentales de un Estado Social de Derecho, luego no se trata de un aseguramiento comercial sino de uno social.

Así, "el Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana, de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradián todos los ámbitos de su regulación -propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, el régimen impositivo, presupuestal y de gasto público-".

En última instancia "el responsable de mantener la vigencia de los derechos fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer

las normas que regulen -acorde con los derechos fundamentales- las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos y todo ello de forma eficaz y diligente".

1.3 Así mismo, argumentó el Ministerio que las Entidades Promotoras de Salud E.P.S. tienen como finalidad la promoción de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados y la administración idónea de los recursos públicos por expresa delegación del Estado, de acuerdo con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 su tarea es la de organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan de Salud Obligatorio - POS- a los afiliados y en general la garantía de salud de los mismos, esta prestación del servicio de salud resulta esencial para la efectividad del derecho a la salud y para el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social.

Con base en el artículo 188 de la Ley 100 de 1993¹ el aseguramiento social no culmina con el cubrimiento del plan de beneficios incluidos en el POS, luego la EPS no puede desentenderse del devenir de su afiliado cuando, eventualmente, un medicamento no se encuentre cubierto en el Plan, menos aún, cuando el mismo sufre una enfermedad de alto costo o ruinosa o catastrófica en donde la oportunidad es un tema trascendental para paliar o sanar los sufrimientos del paciente y sobre el cual la propia ley ha previsto el reaseguro. El POS no es una "lista de mercado" sino una herramienta a través de la cual se persigue la finalidad de promoción en salud que sólo de acuerdo con el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del entonces Ministerio de Salud, excluye "*todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios*".

1.4 De esta forma, considera el Ministerio que no se puede interpretar el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 excluyendo las actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en la mencionada Resolución, toda vez que esta norma data de más de una década y esa interpretación se opone a la norma transcrita de exclusiones y al principio *pro homine*.

Así el POS debe amparar la integralidad en el servicio de salud, en consecuencia, y no obstante que la medida está dirigida a los medicamentos no POS, una de las más graves fallas en las que puede suceder una EPS consiste en no amparar los tratamientos y procedimientos establecidos teniendo en cuenta los criterios normativos y jurisprudenciales que se han decantado luego de más de catorce años de vigencia del sistema de seguridad social en salud.

Bajo esta perspectiva deben considerarse dentro del POS dos de los grupos que el accionante considera excluidos, es decir, las actividades, intervenciones y procedimientos para las enfermedades de alto costo y las que no lo son, luego para su satisfacción no es preciso acudir a la acción de tutela ni al Comité Técnico Científico, ni a ninguna otra instancia con el fin de obtenerlos, debido a que el sistema los está cubriendo, ya que la interpretación finalística del POS, dentro del contexto del aseguramiento social, permite que esa sea la conclusión a la cual se arribe, pues, en general, el sistema debe dar solución a las patologías que se le presentan.

1.5 Anota el Ministerio que la jurisprudencia constitucional respecto de la igualdad "*ha reconocido que se trata de un derecho relacional, esto es, un derecho que involucra usualmente la distribución de cargas, bienes o derechos constitucionales o legales. Su efectiva garantía no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las condiciones del sujeto. Del mismo modo esta Corporación ha perfeccionado a lo largo del tiempo un instrumento metodológico para evaluar cuando un trato diferente carece de razones que lo justifiquen y se convierte por ende en un trato discriminatorio: el test de igualdad en sus distintas modalidades*".

Con respecto a la cobertura de los medicamentos para las enfermedades que no son de alto costo, considera el Ministerio que existe una diferencia ostensible entre este supuesto y el relacionado con las enfermedades que si los son, pues no basta que en los dos exista una vulneración a un derecho fundamental, porque en efecto existe una diferencia evidente, toda vez que el alto costo está relacionado con las enfermedades ruinosas y catastróficas y existe una diferencia esencial en la patología, aspectos que fueron considerados como relevante por el legislador y que gozan de amplia justificación, pues esta enfermedad se caracteriza por los gastos que genera y por la afectación que produce en el ser humano que lo distingue de lo que podría denominarse enfermedad común o de bajo costo, luego no se vulnera el derecho a la igualdad, comoquiera que existen diferencias de hecho y es factible que el legislador diferencie sus consecuencias.

1.6 Finalmente y con fundamento en lo expuesto, señaló el Ministerio que a través de la disposición reprochada se pretende crear una conducta de la E.P.S. acorde con las obligaciones que ha asumido y con la responsabilidad que adquiere, toda vez que ésta potencializa la labor esencial que les corresponde, cual es la garantía de acceso a la prestación del servicio de salud a sus afiliados, máxime cuando se trata de enfermedades de alto costo.

En este contexto, la medida establecida en el artículo 14 literal j) de la Ley 1122 de 2007 constituye un mecanismo a través del cual el FOSYGA reconoce un pago por los medicamentos no incluidos en el POS en enfermedades de alto costo, de acuerdo con la actuación de la EPS (básicamente si elevó la solicitud o no el Comité). Según se ha indicado, a través de la misma se persigue la normalización de la relación de aseguramiento en un tema tan sensible como lo son las enfermedades de alto costo.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La señora Paula Marcela Cardona Ruiz, actuando en nombre y representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, intervino dentro del presente proceso de constitucionalidad, mediante escrito presentado ante esta Corporación para pronunciarse en defensa de la norma acusada, con fundamento en las siguientes razones y consideraciones:

2.1 El Ministerio comienza argumentando la libertad del legislador para configurar el sistema de seguridad social. En este sentido afirma que es el legislador el competente para regular mediante leyes todo lo referente a la seguridad social, señalando de esta manera los requisitos,

términos y condiciones, sin violar preceptos de mayor jerarquía, para acceder a los derechos y prestaciones que hagan efectivo el derecho a la seguridad social. Lo anterior de conformidad con el artículo 48 y 49 de la Constitución Política, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, citando para ello la Sentencia C-130 de 2002 y la Sentencia C-126 del 2000.

Por consiguiente, el Ministerio sostiene "que el legislador se encuentra facultado por la Constitución Política para regular el régimen de la seguridad social, por lo que bien puede el mismo legislador, introducir elementos tales como la eficiencia en el manejo de los recursos del Sistema, el equilibrio financiero del Sistema, o la progresividad del derecho a la salud y definir las condiciones en que la población afiliada al Régimen Contributivo puede acceder a la prestación de los servicios de salud, considerando para ello, los recursos disponibles y la mejor eficiencia del uso de los mismos".

A este respecto, considera el Ministerio que el legislador es competente para definir las condiciones en que se otorgan los beneficios del Régimen Contributivo, afirmando que la reforma a la seguridad social de la ley 1122 del 2007, el legislador buscó ampliar los beneficios de los afiliados, en términos sostenibles, a un sector de la población que por su condición asociada a enfermedades de alto costo requiere mayor celeridad en el acceso a los medicamentos, no obstante lo cual, mantuvo algunas limitaciones necesarias en aras de la sostenibilidad del sistema, ya que en criterio del Ministerio "no puede pretenderse que los beneficios del Régimen Contributivo se extiendan indefinidamente sin consideración a los recursos disponibles".

Para el Ministerio, el legislador es congruente tanto con la aplicación del principio de solidaridad como con las necesidades financieras del Sistema, ya que observa que el sistema debe garantizar los beneficios para todos sus afiliados con base en un aporte o cotización "que en más del 70 % de los casos se sitúa en el rango del salario mínimo mensual vigente".

De lo anterior colige el Ministerio que las leyes y normas deben tener en cuenta aspectos presupuestales y financieros, sin los cuales no podrían hacerse efectivos los derechos prestacionales, los cuales se materializan acorde con los procesos de planificación económica y principios presupuestales, para lograr lo cual le compete plena libertad de configuración al legislador.

En criterio del Ministerio, "la cobertura prevista en materia de seguridad social, no vulnera los derechos invocados por los demandantes, sino que se constituyen en una definición del legislador atendiendo las posibilidades financieras del Sistema y las evidentes limitaciones de los recursos públicos, dadas las cuales, resultaba necesario priorizar los grupos y acciones a cubrir, por lo cual, el legislador optó por otorgar un tratamiento preferencial para los pacientes que padecen enfermedad de alto costo en lo que tiene que ver con el acceso a los medicamentos", citando para ello la Sentencia SU-623 de 2001.

Así mismo, en punto a la ampliación de las coberturas que ofrece la seguridad social señala el Ministerio que la Corte en la Sentencia C-130 de 2002 ha reconocido que esta ampliación debe ser progresiva por razones de orden económico, social y político.

Concluye el Ministerio afirmando que el hecho de que el legislador "no haya incluido ya la totalidad de las opciones de servicios de salud dentro del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o que se otorgue la protección mayor hacia un grupo en particular que por sus condiciones particulares puede requerir mayor celeridad en los servicios, ni deviene en inconstitucional ni supone una discriminación hacia otros grupos de población".

2.2 Pasa el Ministerio a realizar un análisis en relación con el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Sobre este tema se refiere el Ministerio, en primer lugar, a la financiación del Régimen Contributivo, respecto de lo cual señala que el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 estableció la fuente de financiación del Régimen Contributivo indicando para ello el monto y distribución de las cotizaciones en salud.

Señala el Ministerio que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se configura como un sistema de aseguramiento, en el cual coexisten articuladamente para su financiamiento y administración, un Régimen Contributivo y un Régimen Subsidiado, respecto de los cuales el legislador ha establecido tanto el plan de beneficios, como su financiación y los responsables de su administración.

Anota igualmente el Ministerio, que dentro de este esquema de aseguramiento "hay un manejo del riesgo, que busca disminuir para los afiliados, la incertidumbre financiera asociada con la ocurrencia de los eventos de enfermedad futuros e inciertos, es decir, las contingencias de salud, mediante instrumentos financieros y de agrupación de riesgos. Para ello, el Sistema reconoce a las administradoras, de los dos regímenes, una especie de prima, consistente en el valor de la Unidad de Pago por Capitación - UPC por la prestación directa o indirecta de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud y que responde a la noción misma de seguridad social". Observa que la UPC se encuentra regulada, para el Régimen Contributivo, por el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, y que el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 diferencia entre las cotizaciones que recaudan las entidades por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA y que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS y la Unidad de Pago por Capitación - UPC que se paga por la organización y garantía de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud - POS.

De este modo, afirma el Ministerio que la Unidad de Pago por Capitación - UPC constituye "la prima de aseguramiento que le reconoce al (sic) Sistema a las EPS y ARS por ofrecer el Plan Obligatorio" y que con cargo a estos mismos recursos se financia el pago de las prestaciones económicas que el Régimen Contributivo reconoce a sus afiliados, tales como las incapacidades por enfermedad general y las licencias de maternidad.

Recuerda el Ministerio que la sostenibilidad financiera del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud se funda en

los ingresos de dicho Régimen que se obtienen de las cotizaciones que deben efectuar tanto los afiliados como los empleadores, y que con tales recursos se deben financiar absolutamente todos los beneficios que ofrece dicho Régimen en servicios de salud.

Menciona el Ministerio que es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud el que determina a partir de los recursos con que cuenta el Régimen, el valor de la Unidad de Pago por Capitación - UPC que reconoce a las Entidades Promotoras de Salud con el cual deben éstas garantizar los beneficios que ofrece el Sistema.

Concluye el Ministerio, que en aras de preservar la sostenibilidad del sistema y a partir del análisis de la suficiencia financiera del mismo se debe decidir sobre los beneficios incluidos en el POS y el monto de las prestaciones. Así afirma que es "*prioritario e imprescindible cuantificar los beneficios a ser incluidos en el POS y el monto de las prestaciones, para determinar a su vez la suficiencia de su financiación a través de la UPC, como la única forma de garantizar la continuidad de la prestación del beneficio otorgado*".

En segundo lugar, menciona el Ministerio el tema de la definición de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud POS. A este respecto recuerda que de conformidad con la Ley 100 de 1993, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tiene a su cargo la definición de los contenidos del Plan de Beneficios - POS y de la prima (UPC) que se reconoce a cada EPS para la prestación del POS a sus afiliados.

Afirma el Ministerio que en consonancia con lo dispuesto por el artículo 162 y 182 de la Ley 100 de 1993 el Plan Obligatorio de Salud o POS se ha definido atendiendo el perfil epidemiológico de la población y buscando dar respuesta a todas las situaciones de enfermedad, por cuya organización y garantía en la prestación de los servicios incluidos en el POS para cada afiliado el sistema en salud reconoce a cada EPS la UPC, todo lo cual buscando la preservación de la continuidad en la prestación de los beneficios, para lo cual se da prevalencia a la atención de unas patologías cuyo cubrimiento se considera prioritario por parte del Consejo.

Por ello, considera el Ministerio que el POS prevé un plan básico obligatorio con beneficios limitados, definiéndolo como "*un conjunto limitado de beneficios, que es definido legalmente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que corresponde garantizar a las Entidades Promotoras de Salud con cargo a la UPC que éstas reciben, el cual como se ha dicho, ha sido definido con el propósito de dar respuesta a los principales problemas de salud de la población Colombiana en condiciones medias de calidad y tecnología tal y como lo establece el artículo 162 de la Ley 100 de 1993*", y mencionando a este respecto la Sentencia T-689 de 2001 en relación a la justificación de la limitación en la cobertura del POS en razón de los recursos estatales.

En tercer lugar, se refiere el Ministerio al punto del equilibrio financiero en la relación POS-UPC, recordando que la competencia para determinar los contenidos del Plan Obligatorio de Salud radica en la actualidad de manera exclusiva en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con las funciones que le fueron señaladas en el numeral 1º del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, mientras entra en funcionamiento la Comisión de Regulación en Salud (CRES) creada por la Ley 1122 de 2007. Sostiene el Ministerio que la competencia de definir el POS debe complementarse y armonizarse con la competencia prevista en el numeral 3º del artículo 172 de la Ley 100 de 1993 en cabeza del CNSSS respecto de la definición del "valor de la Unidad de Pago por Capitación".

En criterio del Ministerio, para lograr asegurar la viabilidad y sostenimiento del Sistema General de Salud, los contenidos del POS vienen determinados de un lado por la "*estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional y la tecnología apropiada disponible en el país*" y de otro lado, por la disponibilidad de recursos, lo cual a su juicio justifica que las prestaciones que cubre el POS "*de ninguna manera puedan ser ilimitadas*".

Lo anterior explica según el Ministerio el que en el Sistema de Salud las prestaciones que se delegan a las Entidades Promotoras de Salud - EPS- hayan sido incluidas dentro del cálculo de la Unidad de Pago por Capitación - UPC, lo que a su vez permite determinar que los procedimientos incluidos en el POS se encuentren debidamente cubiertos con recursos.

En este sentido cita el Ministerio apartes de la comunicación dirigida por el Señor Ministro de la Protección Social al H. Consejo de Estado, del cuatro (4) de febrero de 2004, en la cual se afirmaba:

"(...) Cabe señalar entonces, que la cobertura del Sistema General de Seguridad Social en Salud no es ilimitada porque se trata de "un derecho social de prestación" sobre el cual, el Estado, en todo caso, debe prestar la mayor disposición para desarrollarlo a través de normas legales. (...)"

Así las cosas, de acuerdo con lo señalado por la H. Corte Constitucional, el contenido del POS no puede ser ilimitado, al ser parte de un derecho prestacional, su contenido depende de los recursos que existan para su financiamiento, por lo cual su prestación se enmarca en la reglamentación expedida para hacerla efectivo, (...)".

Insiste por tanto el Ministerio, en que el Plan Obligatorio de Salud no puede ser ilimitado por cuanto se financia mediante un valor per capita denominado Unidad de Pago por Capitación UPC, el cual se establece teniendo en cuenta "*el perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio, en condiciones medidas (sic) de calidad, tecnología y hotelería, y es definida por el CNSSS, de acuerdo con estudios técnicos del Ministerio de la Protección Social y los estudios financieros del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Adicionalmente con cargo a los recursos de las cotizaciones se financia el pago de las prestaciones económicas para el cubrimiento de las incapacidades por enfermedad general y de las licencias de maternidad*".

Adicionalmente, afirma el Ministerio que los contenidos del POS se deben revisar periódicamente por parte del CNSSS con el apoyo de un Comité Asesor de Medicamentos, con el fin de ajustar y actualizar el Plan Obligatorio de Salud (POS), a efectos de que responda a los principales problemas de salud de la población colombiana, especialmente en relación con los medicamentos, para lo cual se sigue un procedimiento

técnico-científico respecto de las necesidades en salud y la eficacia o efectividad de los medicamentos, así como estudios de evaluación económica y de costos, respecto de la afectación de la UPC, y la posibilidad del Sistema de financiarlo, sin afectar el equilibrio económico.

Este procedimiento, lo resume el Ministerio en los siguientes términos:

"En resumen, el análisis de una recomendación para la inclusión de un medicamento o procedimiento por parte del Comité tiene cuatro pasos:

1. Evidencia Clínica (eficacia, efectividad).
2. Evaluación económica.
3. Impacto en el gasto y su relación con la UPC
4. Posibilidad financiera del Sistema - equilibrio económico".

Por consiguiente, los servicios incluidos en el POS en punto a medicamentos se encuentran para el Ministerio determinados por la estabilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por ello el Ministerio concluye que dado que "*los recursos disponibles para financiar los contenidos del POS son limitados*", y dado que para "*preservar el equilibrio del Sistema es fundamental cuantificar los beneficios a través de la UPC, pues es la manera de garantizar la continuidad en la prestación del beneficio otorgado*" la cobertura del POS "*es restringida, al extenderse solamente a la prestación de los servicios en salud consagrados legalmente, es decir que debe ceñirse a los beneficios comprendidos en el Plan Obligatorio de Salud, según lo determina el CNSSS, de acuerdo con sus competencias legales*".

Como cuarto punto, aborda el Ministerio el tema de los servicios y beneficios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS-. A este respecto, explica que, en cuanto el POS no puede ser ilimitado, en razón a que se encuentra restringido por la disponibilidad de recursos, cualquier otra prestación que no se encuentre incluida en el Plan Obligatorio de Salud - POS no se encuentra financiada en la UPC que el Régimen Contributivo reconoce a las Entidades Promotoras de Salud - EPS para la prestación de los servicios. Afirma que no obstante lo anterior, las prestaciones no incluidas en el POS que autorizan los Comités Técnico Científicos son cubiertas con los recursos del mismo Régimen Contributivo, lo cual se ha venido haciendo a través de la figura del recibo al Fosyga por parte de las entidades que asumen el suministro del medicamento.

De conformidad con lo anterior, resulta razonable, explicable y justificado para el Ministerio que se haya definido un plan básico de beneficios a los que tienen acceso todos los afiliados y que sólo "*de manera excepcional y por razones de protección de derechos fundamentales, los afiliados puedan acceder a servicios adicionales, previa el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones*", lo cual contribuye a la racionalización del Sistema de Salud. Lo contrario, es decir, permitir que todos o cualquier medicamento o servicio de salud tenga que otorgarse con cargo a los recursos del Régimen Contributivo, supondría en opinión del Ministerio, que existiera una demanda ilimitada de servicios no financierables, así como también que los servicios básicos incluidos en el POS no fuesen financierables para la totalidad de los afiliados.

En consecuencia concluye el Ministerio que "*le asiste razón al legislador cuando restringe el alcance de ésta medida excepcional a un grupo limitado de los afiliados, justamente como se ha dicho, con mirar a generar eficiencias en el uso de los recursos y garantizar la sostenibilidad del Régimen Contributivo*" y que se restrinja la posibilidad de otorgar beneficios por fuera del POS a determinadas y puntuales situaciones relacionadas con pacientes que padecen enfermedades de alto costo.

Por tanto, para el Ministerio no hay lugar a una omisión legislativa relativa o a una vulneración de derechos fundamentales de los afiliados al sistema de salud, ya que considera en primer término, que los servicios no incluidos en el POS de todas maneras son suministrados a través de la red pública hospitalaria, y que adicionalmente, los afiliados cuentan con el mecanismo de la acción de tutela, para que en caso de que se encuentre en peligro el derecho a la salud por conexidad con el de la vida, se ordene judicialmente la prestación del servicio.

Concluye de esta manera el Ministerio que el otorgamiento de medicamentos o servicios médicos por fuera del Plan Obligatorio de Salud tiene que ser excepcional y respetar el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que está compuesto de la interrelación existente entre sus tres elementos: (1) el Plan Obligatorio de Salud - POS (2) la Unidad de Pago por Capitación – UPC, y (3) las tarifas cobradas por las empresas promotoras de salud - EPS que prestan el POS; así como en criterio del Ministerio, el interés colectivo y la realización efectiva de la igualdad dentro del marco del gasto público social, teniendo en cuenta que el derecho a la salud es un derecho prestacional y progresivo, cuya efectividad depende de los recursos que se tengan destinados para su prestación.

En punto al carácter prestacional del derecho a la salud agrega el Ministerio que este derecho depende de los recursos que se tengan destinados para su prestación, razón por la cual el sistema mismo ha precavido los mecanismos para su propia financiación en el Régimen Contributivo, y que la cobertura en salud como servicio público no es inmediata sino que se dará en forma progresiva, en el tiempo y en el espacio, en la medida que los recursos económicos lo faciliten. En este sentido afirma el Ministerio que "*la cobertura de la Seguridad Social no es inmediata, ni se alcanza con su sola enunciación en la Carta Política, sino que es de carácter progresivo en el tiempo y en el espacio, como una meta a alcanzar por el Estado Colombiano, en la medida en que las posibilidades financieras así lo permitan*", mencionando no obstante, que el Estado está obligado a ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social, tanto en el Régimen Contributivo como subsidiado, y ello de conformidad con el mandado de progresividad que implica que no puede haber retrocesos en niveles de atención o cobertura, ni en el monto presupuestal de los recursos públicos destinados a los planes de atención básica y subsidiado.

Con fundamento en los anteriores argumentos solicita el Ministerio a esta Corporación "declarar la EXEQUIBILIDAD del artículos 14 de la Ley 1122 de 2007".

3. Intervención de la Universidad Santo Tomás

El Director del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás, coadyuvó a las pretensiones de inexequibilidad propuesta por el demandante.

Consideró que es evidente la vulneración al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que la norma acusada no contempló otras situaciones fácticas análogas que se pueden presentar, incumpliendo, de esta forma, el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, como ocurre con las personas cuya enfermedad no se encuentra catalogada como de alto costo y las que necesitan de actividades, intervenciones y procedimientos para tratar enfermedades tanto de alto costo como las que no lo son, teniendo todos estos supuestos características comunes, comoquiera que se trata de afiliados al Régimen Contributivo que requieren de prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

Adujo que el concepto de "alto costo" puede variar en el contexto social y económico de una persona, más en un país como Colombia con profundas desigualdades y desequilibrios sociales, toda vez que un medicamento para tratar una enfermedad catalogada como de "no alto costo", puede tener esa característica en un caso particular por ausencia de recursos.

Señaló finalmente que el derecho fundamental a la vida, dignidad humana, seguridad social y salud, se ven vulnerados por la omisión legislativa relativa presente en la disposición acusada.

4. Intervención de las ciudadanas Ángela Fernanda Cuervo Valencia y María Marcela Muñoz Maldonado.

Las ciudadanas intervenientes consideraron que el actor realizó una interpretación errónea del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, toda vez que según el demandante el Comité Técnico Científico siempre autoriza directamente el suministro de cualquier medicamento no incluido en el POS si los mismos guardan relación con una enfermedad de alto costo, ignorando que no es una aprobación inmediata sino que éste lleva a cabo un estudio del caso específico para resolver si niega o aprueba el requerimiento, el cual puede presentarse para el suministro de cualquier medicamento no contemplado en el POS independientemente si es o no para el tratamiento de una enfermedad de alto costo de acuerdo con el artículo 4º de la Resolución 5061 de 1997 que regula el funcionamiento de los mencionados comités.

Señalaron que la denominación de "enfermedades de alto costo" no contempla un trato discriminatorio frente a quienes no padecen ese tipo de afección, ya que encuentra justificación en la constante proliferación de ese tipo de padecimientos que requieren un tratamiento prioritario y que recae en un grupo de personas vulnerables por el sufrimiento de enfermedades de alto riesgo.

Por lo expuesto consideraron que no es viable la declaratoria de inexequibilidad de los apartados "de alto costo" y "medicamentos" que pretende el demandante.

5. Intervención del ciudadano José Manuel Chiquiza Quintana

El ciudadano José Manuel Chiquiza Quintana interviene para coadyuvar las pretensiones del accionante, pues consideró que los usuarios del Sistema General de Seguridad Social deben acudir a la acción de tutela para el suministro de medicamentos No POS para enfermedades que no están catalogadas como de alto costo y para los servicios No POS de enfermedades que son y no son de alto costo.

Adujo que acudir a la tutela es más complicado para los usuarios en comparación con la posibilidad de solicitar los servicios a través del Comité Técnico Científico, ya que éste, según afirma, es un procedimiento más ágil, se congestionarían menos los despachos judiciales y no habría que pagar dinero a los abogados para la elaboración de las tutelas.

Señaló además que "las prestaciones que no están al alcance del bolsillo de los usuarios, no son sólo medicamentos No POS para enfermedades de alto costo", pues existen medicamentos para enfermedades que no están catalogadas como de alto costo y tratamientos que "representan sumas que afectan de manera muy considerable la economía familiar y no puede pagarse por los usuarios", como por ejemplo la hormona de crecimiento cuyo costo oscila en cuatrocientos mil pesos mensuales (\$400.000).

Manifestó finalmente que "la norma demandada establece una sanción para la EPS en caso de no tramitar la solicitud de manera oportuna en caso de ordenarse la prestación por orden de tutela, lo cual significa que las prestaciones que el CTC autoriza, son las mismas que ordena el juez de tutela cuando se afectan los derechos fundamentales de los usuarios".

Por lo mencionado, solicitó declarar inexequible la expresión "de alto costo" y exequible la palabra "medicamentos" siempre que se entienda que la norma aplica para servicios No POS.

6. Intervenciones Extemporáneas

Las intervenciones del decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Popular del Cesar, y del ciudadano Guillermo Chavez Páez, no serán tenidas en cuenta dentro de este proceso de constitucionalidad por cuanto fueron presentadas de manera extemporánea, la primera el once (11) de enero del 2008, y la segunda el veinticinco (25) de febrero del 2008, como se evidencia en informes de la Secretaría General de esta Corporación de fechas catorce de enero del 2008 y veintiséis (26) de febrero del 2008, mientras que el término de fijación en lista e intervención ciudadana venció el once (11) de diciembre del 2007. (Fl. 130 y 187 Cuaderno Ppal).

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 4462 del 29 de enero de 2008, radicado en esta Corporación el 30 de enero

del 2008, solicita a esta Corte, declarar inexequible las expresiones "*de alto costo*" y "*del régimen contributivo*", contenidas en el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007; así como declarar la exequibilidad condicionada de la expresión "medicamentos", con fundamento en las razones y consideraciones que se exponen a continuación:

1. En primer término, formula la Vista Fiscal el problema jurídico que se deriva de la demanda en cuestión, bajo el cuestionamiento de "*si vulneró el derecho a la igualdad de trato legal la procedencia únicamente para los medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo para enfermedades de alto costo cuya autorización debe ser solicitada por las Entidades Promotoras de Salud a los Comités Técnicos Científicos (CTC), so pena de tener que asumir las EPS la mitad de su costo en caso de ser obligadas al suministro de los medicamentos mediante acción de tutela*".

2. A continuación realiza el señor Procurador General de la Nación una aclaración previa en el sentido de en el expediente D-6927 se demandó en su totalidad el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, sin embargo por unos cargos diferentes a los presentados en la demanda bajo estudio.

Anota el Ministerio Público que los cargos presentados en el expediente D-6927 estaban dirigidos a alegar la vulneración del debido proceso y la responsabilidad del Estado en la salud, en lo que se refiere al cubrimiento de costos por partes iguales entre las entidades promotoras de salud y el Fosyga, de medicamentos para el tratamiento de enfermedades de alto costo no incluidos en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, cuando su suministro sea ordenado por el juez de tutela y la EPS haya omitido la puesta a consideración de los comités técnicos dichos requerimientos.

Señala la Vista Fiscal que en esta demanda se debate si el pago a las entidades promotoras de salud, de los medicamentos para enfermedades de alto costo no incluidos en el POS, sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud, violaba o no la responsabilidad del Estado en la salud y su función de intervención económica.

En el marco del contexto de los cargos específicos formulados el expediente D-6927, el Ministerio Público conceptúo a favor de la exequibilidad condicionada del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 "*bajo el entendido que el 50% de los costos de los medicamentos No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo serán asumidos por partes iguales entre la entidad promotora de salud y la institución prestadora de salud, en caso que el Comité Técnico Científico no estudie y resuelva oportunamente y de acuerdo con las necesidades del paciente los requerimientos presentados por las EPS para la autorización del suministro de tales medicamentos y se obligue a la prestación de los mismos mediante acción de tutela*";

También, bajo el entendido que el reconocimiento y pago que debe efectuar el Fondo de Solidaridad y Garantía, de las cuentas que presenten las EPS por dicho suministro cuando es ordenado por los comités técnicos científicos, debe hacerse de manera expedita, admitiéndose cuestionamiento o glosa del FOSYGA a las cuentas o facturas presentadas únicamente en los eventos de ostensible y manifiesta incongruencia o de falta de necesidad de los medicamentos No POS suministrados con base en la autorización de los comités técnicos científicos".

Por tanto dentro de este expediente el Ministerio Público solicitó la declaratoria de exequibilidad de la expresión "*En todo caso, cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud*", contenida en el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007. Así mismo el Ministerio solicitó a la Corte declarar exequible, en lo demás, el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, "*únicamente por los cargos de violación del debido proceso, de la responsabilidad del Estado en la salud y de la intervención económica, formulados en la presente acción*".

La Vista Fiscal concluye que teniendo en cuenta que no existe ninguna relación entre los cargos formulados en el expediente D-6927 y el que ahora nos ocupa, emitirá el concepto de fondo correspondiente.

3. Para el Ministerio Público el legislador vulneró la igualdad en la norma demandada por omitir incluir todos los servicios y medicamentos no contemplados en los POS contributivo y subsidiado para el diagnóstico y tratamiento de todas las enfermedades, al regular la obligación de presentar las EPS a los CTC los requerimientos únicamente de medicamentos para enfermedades de alto costo no cubiertos por el POS contributivo so pena de asumir la mitad de sus costos la entidad si es condenada al suministro mediante tutela.

Para fundamentar su concepto el Ministerio Público pasa a analizar si se incurrió en omisión legislativa y si la misma vulnera la igualdad de trato en la ley, y señala que utilizará el concepto de enfermedad "*en cuanto comprometa la salud, la vida, la integridad física o la dignidad humana como derechos fundamentales de todos los miembros de la población que reside en Colombia*".

3.1 En relación con el tema de la omisión legislativa relativa, señala la Vista Fiscal que ésta se presenta cuando "*la ley no cubre todos los supuestos que debería abarcar, lo cual compromete alguna institución o mandato constitucional, entre las cuales se cuenta el derecho a la igualdad*".

En concepto del señor Procurador, el legislador incurrió en este caso en una omisión de este tipo ya que estableció una obligación de las EPS de presentar a los CTC únicamente las solicitudes de medicamentos para enfermedades de alto costo no cubiertos por el POS contributivo so pena de asumir la entidad la mitad de sus costos si es condenada al suministro mediante acción de tutela.

En opinión del Ministerio Público, el concepto de enfermedad "*compromete sin distingo alguno derechos fundamentales de las personas tales como la vida, la integridad física, la dignidad, o la salud en sí misma para ciertos sectores poblacionales que requieren protección especial*" como los niños, ancianos, mujeres embarazadas, discapacitados, ya que afecta negativamente las condiciones normales de vida del ser humano

en su integridad.

En consecuencia, para la Vista Fiscal el Estado debe hacer todo lo que esté a su alcance y utilizar todas las herramientas para el combate de las patologías y enfermedades "sin exclusión o discriminación de ninguna naturaleza".

Concluye el Procurador que en este caso el legislador debió incluir el mecanismo para garantizar administrativamente no sólo el suministro de los medicamentos no POS del Régimen Contributivo para enfermedades de alto costo, sino el de todos los servicios no POS que se requieran para tratar todas las enfermedades, incluyendo no sólo los medicamentos sino también diagnósticos, tratamientos y demás procedimientos e intervenciones requeridos.

En este mismo sentido, considera el Ministerio que la disposición acusada no sólo debe comprender el Régimen Contributivo sino también el subsidiado, teniendo en cuenta que el aseguramiento está a cargo de las EPS de ambos regímenes, de conformidad con el mismo artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

En criterio de la Vista Fiscal, desde el punto de vista del aseguramiento en salud, se trata de entidades iguales, razón por la cual deben "asumir en las mismas condiciones el riesgo transferido por los usuarios de cada uno de los regímenes, especialmente en la representación del Estado para el suministro de todos los servicios no contemplados en los respectivos planes obligatorios de salud -POS-".

Encuentra por tanto el Ministerio Público que el que los apartes demandados se encuentren intrínsecamente relacionados con el plan de beneficios del Régimen Contributivo es inconstitucional razón por la cual solicita a la Corte "declarar la unidad normativa de los apartes acusados con la expresión "del régimen contributivo" contenida en el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007", lo cual considera necesario para pronunciarse de fondo sobre los apartes demandados.

3.2 Una vez establecido por el Ministerio Público que en el presente caso se configura una omisión legislativa relativa, pasa el concepto a determinar si la misma compromete o no el derecho a la igualdad de trata en la ley, aplicando el test de igualdad.

Para el Procurador la exclusión ya anotada relativa al concepto de enfermedad "que compromete derechos fundamentales tales como la salud, la vida, la integridad física o la dignidad humana, demuestra que hubo un trato diferente entre iguales".

En opinión del Ministerio Público, a efectos de proteger los derechos fundamentales, resulta igualmente relevante que se trate de una enfermedad clasificada como de alto costo que se trate del resto de enfermedades, razón por la cual, el Estado debe garantizar el tratamiento en ambos casos bajo los principios de integralidad y continuidad (art. 48-49 CN).

En consecuencia, para el Procurador en la norma demandada se da un tratamiento diferente a eventos que se les debe otorgar igual protección, en cuanto no se contempló como obligación de las EPS el presentar a los CTC los requerimientos de medicamentos no incluidos en el POS contributivo para el tratamiento de todas las enfermedades -y no sólo de las de alto costo-, así como los requerimientos respecto de otros servicios de salud no incluidos en el POS para el tratamiento de todas las enfermedades, beneficio que también debe cubrir a los afiliados del Régimen Subsidiado.

Anota la Vista Fiscal, que a primera vista la razón de ser de tal exclusión parecería ser de tipo económico, esto es relativa a la "eficiencia económica, en cuanto a suponer que las enfermedades que no se consideran de alto costo sus tratamientos no valen tanto, por lo que el afiliado o beneficiario tiene la capacidad económica para asumir dichos costos de su propio peculio como modo de contribuir a la viabilidad del sistema".

Frente al anterior argumento, afirma el Ministerio Público que dicha razón es muy relativa debido a que "no clasificar la enfermedad como de alto costo no significa que su tratamiento no cueste y que el impacto económico de sufragar el mismo no resulte elevado para los presupuestos personales, hasta el punto que la mayoría de los afiliados de los regímenes contributivo y subsidiado no tienen los recursos suficientes, muchas veces ni siquiera para el pago del transporte para ir a la consulta médica".

3.3 En cuanto a la violación del principio de proporcionalidad, considera el Procurador General que es aquí donde la omisión legislativa relativa se evidencia abiertamente inconstitucional.

En primer término, considera el Ministerio Público que la omisión anotada no idónea o adecuada para conseguir el fin económico planteado, ya que de todas maneras los usuarios, en aras de proteger el derecho a la salud, acudirán a la vía de tutela para poder sufragar los costos de los servicios no incluidos en el POS.

En segundo lugar, advierte la Vista Fiscal que la omisión plurimencionada no resulta necesaria por las anteriores razones y por cuanto al Estado le corresponde la obligación de garantizar el derecho a la salud en las mejores condiciones posibles de calidad de toda la población.

En tercer lugar, opina el Ministerio Público que una tal omisión no es tampoco proporcional por cuanto en aras de conseguir un fin económico se están poniendo en peligro los derechos a la salud, la vida y la integridad física o la dignidad humana de los usuarios tanto de los regímenes contributivo como subsidiado, ya que no se incluye en el acceso a los servicios de salud no cubiertos por el POS a todas las enfermedades y a los dos regímenes previstos por el Sistema General de Salud.

3.4 Concluye el Procurador General de la Nación que efectivamente se configuró una vulneración del derecho a la igualdad por haberse omitido incluir "dentro de la obligación de las EPS de presentar a los CTC los requerimientos de medicamentos no incluidos en el POS contributivo para el tratamiento de enfermedades de alto costo so pena de asumir la mitad de sus costos por suministro impuesto mediante tutela, los demás

servicios no incluidos en el POS para el tratamiento de todas las enfermedades (diagnósticos, tratamientos, actuaciones, procedimientos, intervenciones), abarcando además el régimen subsidiado".

Por consiguiente, la Vista Fiscal solicita a esta Corte:

"Declarar INEXEQUIBLES las expresiones "de alto costo" y "del régimen contributivo", contenidas en el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Declarar EXEQUIBLE la expresión "medicamentos", contenida en el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, bajo el entendido que las EPS están en la obligación de llevar a consideración de los CTC todos los servicios de salud (diagnósticos, tratamientos, medicamentos, actuaciones, procedimientos, intervenciones, etc.) no incluidos en los planes de beneficios -POS- de los regímenes contributivo o subsidiado requeridos para el tratamiento de todas las enfermedades so pena de tener que asumir las EPS la mitad de sus costos en caso de ser cominadas al suministro de los mismos mediante sentencia de tutela.

También, bajo el entendido que el 50% de los costos de todos los servicios No POS para el tratamiento de enfermedades de alto costo serán asumidos por partes iguales entre la entidad promotora de salud y la institución prestadora de salud del régimen contributivo o subsidiado, en caso que el Comité Técnico Científico no estudie y resuelva oportunamente y de acuerdo con las necesidades del paciente los requerimientos presentados por las EPS para la autorización del suministro de tales servicios y se obligue a la prestación de los mismos mediante acción de tutela.

Así mismo, bajo el entendido que el reconocimiento y pago que debe efectuar el Fondo de Solidaridad y Garantía, de las cuentas que presenten las EPS del régimen contributivo o subsidiado por dicho suministro cuando es ordenado por los comités técnicos científicos, debe hacerse de manera expedita, admitiéndose cuestionamiento o glosa del FOSYGA a las cuentas o facturas presentadas únicamente en los eventos de ostensible y manifiesta incongruencia o de falta de necesidad de los servicios No POS suministrados con base en la autorización de los comités técnicos científicos".

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 numeral 4º de la Constitución Política, esta Corte es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia puesto que la disposición demandada forma parte de una Ley de la República.

2. El asunto bajo revisión

La demanda de inconstitucionalidad presentada dentro del presente proceso, se dirige contra las expresiones "de alto costo" y "medicamentos" contenidas en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por considerar que dichas expresiones son violatorias del artículo 13 de la Constitución Nacional, por cuanto se configura una omisión legislativa relativa que vulnera el principio de igualdad, en razón a que la norma acusada excluye los casos de enfermedades que no sean catalogadas como de alto costo, así como otro tipo de servicios de salud que no sean exclusivamente los medicamentos, como exámenes, diagnósticos, procedimientos, entre otros, del beneficio consistente en la obligación de las EPS de presentar ante el Comité Técnico Científico los requerimientos de los usuarios respecto de los servicios en salud que no se encuentren incluidos en el plan de beneficios del Régimen Contributivo.

En sus conceptos, tanto el Ministerio de la Protección Social como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, coinciden en defender la constitucionalidad de la norma demandada. Así mismo, las ciudadanas Angela Fernanda Cuervo Valencia y María Marcela Muñoz Maldonado, intervienen dentro del proceso para abogar por la desestimación de las pretensiones del actor, en cuanto consideran que las expresiones demandadas son constitucionales.

Todas estas intervenciones coinciden en que las expresiones acusadas no son contrarias a la Constitución Nacional, enarbolando para ello varios argumentos: la libertad de configuración del legislador en materia de salud, el carácter prestacional y progresivo del derecho a la salud, y la finalidad del equilibrio financiero y continuidad del servicio.

En forma contraria a lo anterior, tanto las intervenciones del Director del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás, del ciudadano José Manuel Chiquita Quintana, así como el concepto del señor Procurador General de la Nación, coinciden en solicitar a esta Corte la declaración de inexequibilidad de las expresiones demandadas por cuanto afirman la existencia de omisión legislativa relativa en punto a la violación de la igualdad.

Así el señor Procurador General de la Nación, solicita a esta Corte la declaración de inexequibilidad simple de la expresión "de alto costo" y la inexequibilidad condicionada de la expresión "medicamentos" contenidas en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007. Adicionalmente el señor Procurador General de la Nación solicita a esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad, por unidad normativa, de la expresión "del régimen contributivo" contenida igualmente en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007.

3. El problema jurídico

Corresponde a la Corte en primer lugar resolver si las expresiones demandadas "de alto costo" y "medicamentos" contenidas en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007, vulneran el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, en razón de que

excluyen a las enfermedades que no son consideradas de alto costo, así como a otro tipo de servicios de salud que no sean exclusivamente los medicamentos, del beneficio que otorga el enunciado normativo demandado, consistente en la obligación de las EPS de presentar los requerimientos de los usuarios ante los Comités Técnicos Científicos para el cubrimiento de los servicios de salud que no están incluidos dentro del plan de beneficios del Régimen Contributivo de salud.

En aras de resolver el problema jurídico que se plantea en este caso la Corte se referirá a dos cuestiones previas: (i) a la no configuración de cosa juzgada; y (ii) a la necesidad de integración normativa en este caso. Posteriormente entrará la Sala a realizar el estudio de constitucionalidad, refiriéndose para ello (i) en primer término, a la naturaleza constitucional de la seguridad social en salud, y al carácter fundamental del derecho a la salud; (ii) en segundo lugar, al régimen legal del sistema general de salud; (iii) en tercer lugar, abordará la Corte el problema de la configuración de omisión legislativa relativa; (iv) en cuarto lugar, abordará la Sala la necesidad de condicionamiento, y finalmente, (v) pasará la Corte a estudiar en concreto la constitucionalidad de las expresiones demandadas del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

1. ACLARACIONES PREVIAS

1.1 ANÁLISIS DE COSA JUZGADA. NO CONFIGURACIÓN DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

Antes de entrar en el estudio de las expresiones demandadas del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007, esta Sala tiene que primero analizar si se ha configurado cosa juzgada constitucional, por cuanto esta Corte ya conoció y falló recientemente respecto de una demanda contra la totalidad del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007, radicado bajo el expediente D-6927 y fallado en la sentencia C- 316 del 2008.

Como quiera que la Corte, en la Sentencia C- 316 de 2008, declaró en primer lugar la exequibilidad de la expresión "*Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga*", del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007; y en segundo lugar, decidió inhibirse de fallar respecto del contenido restante del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por ineptitud sustantiva de la demanda, es claro para la Sala que no se configura cosa juzgada constitucional respecto de las expresiones hoy demandadas del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, contenido frente al cual la Corte no se pronunció de fondo.

Adicionalmente, esta Sala evidencia que la demanda que se presentó en anterior oportunidad, radicada bajo el número D-6927, se presentó por unos cargos claramente diferentes a los que se presentan en esta oportunidad en la demanda *sub examine*. Así, en el expediente D-6927, los cargos estaban dirigidos a alegar la vulneración del debido proceso y la responsabilidad del Estado en la salud, en lo que se refiere al cubrimiento de costos por partes iguales entre las entidades promotoras de salud y el Fosyga, de medicamentos para el tratamiento de enfermedades de alto costo no incluidos en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, cuando su suministro sea ordenado por el juez de tutela y la EPS haya omitido la puesta en consideración de los comités técnicos dichos requerimientos.

Así las cosas, en la anterior demanda se debatía (i) si la obligación de las entidades promotoras de salud, EPS de financiar la mitad de los costos de medicamentos que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud, POS para enfermedades de alto costo, por decisiones negativas de los comités técnicos científicos para su suministro, desconoce el debido proceso por imponer sanciones por hechos no imputables a la EPS y por no haber contemplado causales de exoneración ante una sanción que opera de plano; y (ii) si las sanciones que se imponen a las EPS por el no suministro de medicamentos no incluidos en el POS, desconoce la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud, por trasladarse esa obligación, de manera no razonable ni proporcionada, a las empresas promotoras de salud mediante imposiciones pecuniarias.

Dado que la Corte sólo se pronunció en la Sentencia C-316 de 2008 en relación con los cargos respecto de la expresión "*Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga*", del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007; y decidió inhibirse de fallar respecto del contenido restante del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por ineptitud sustantiva de la demanda, es evidente para la Sala que no se configura cosa juzgada constitucional respecto de las expresiones demandadas en esta oportunidad contenidas en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Por consiguiente, la Corte entrará nuevamente a pronunciarse de fondo respecto de los nuevos cargos presentados en la demanda de constitucionalidad bajo estudio. Así las cosas, la Corte procederá a efectuar el análisis de fondo respecto de los cargos formulados en la demanda en contra de las expresiones acusadas del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

1.2. LA FIGURA DE LA UNIDAD NORMATIVA Y SU PROCEDENCIA EN EL PRESENTE CASO

Ahora bien, pasa la Corte a analizar la procedencia de la unidad normativa respecto de la totalidad del aparte "*En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.*" previamente al análisis constitucional de las expresiones acusadas, para determinar si se hace necesario en este caso la declaratoria de unidad normativa por alguna de las causales que para el efecto ha determinado la jurisprudencia constitucional de esta Corporación.

En la demanda que se estudia en esta oportunidad el demandante solo cuestionó la constitucionalidad de las expresiones "de alto costo" y

"medicamentos" del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007, por constituir una omisión legislativa relativa violatoria del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 Superior, al excluirse de los beneficios que prevé el artículo 14 en cuestión, a grupos poblacionales compuestos por aquellos usuarios que padeczan enfermedades no catalogadas como de alto costo, así como aquellos servicios de salud diferentes a los medicamentos, como procedimientos, intervenciones, diagnósticos, exámenes, etc.

Para determinar la procedencia de la unidad normativa esta Sala pasará a recordar la doctrina de esta Corporación respecto de la integración de unidad normativa, la cual sólo procede en tres hipótesis y de manera excepcional: (i) en primer lugar, en el caso cuando se demanda una disposición que no tiene un contenido normativo claro y unívoco, razón por la cual resulta necesario integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada, a fin de completar el enunciado normativo demandado y evitar así una decisión inhibitoria; (ii) en segundo lugar, cuando el enunciado normativo demandado se encuentra reproducido en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, a fin de evitar que el fallo de constitucionalidad resulte inane; y (iii) cuando la disposición demandada se encuentra íntima o intrínsecamente vinculada o relacionada con otra disposición, respecto de la cual se yerguen serias sospechas de constitucionalidad.

Así y respecto de este último requisito esta Corte ha establecido que éste requiere a su vez la verificación de dos requisitos: (i) en primer lugar, la existencia de una estrecha e íntima relación entre la norma demandada y algunas otras disposiciones no demandadas, con las cuales formaría una unidad normativa; y (ii) que respecto de las disposiciones no demandadas emerjan a primera vista serias dudas o cuestionamientos respecto de su constitucionalidad.²

En el presente caso considera la Corte entonces que es procedente la declaratoria de unidad normativa de las expresiones demandadas "de alto costo" y "medicamentos" con todo el aparte "*En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.*" contenido en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007. Lo anterior, por cuanto de un lado, existe una vinculación analítica entre las expresiones acusadas y el resto del aparte trascrito del literal j) en cuestión, ya que en la primera parte se trata de una obligación prescrita por el Legislador a las EPS, de llevar a consideración del Comité Técnico Científico los requerimientos de casos de enfermedades de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, y en la segunda parte de la normatividad, se determina que ante el incumplimiento de dicha obligación o negligencia por parte de las EPS en el cumplimiento de la misma, y en caso de que se obligue a la prestación del servicio médico requerido mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En este sentido, la Sala encuentra que se trata de un lado, de la fijación de un deber-obligación y, del otro, en la consecuencia jurídica del incumplimiento de la misma por parte de las EPS, razón por la cual es necesaria la integración normativa.

2. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD: PRINCIPIOS Y CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO A LA SALUD

2.1 El sistema de seguridad social en salud está caracterizado en el ordenamiento superior como un *derecho irrenunciable de toda persona* y un derecho fundamental en razón de su *universalidad*, al tenor de lo dispuesto por el artículo 48 Superior que dispone que "*se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*".

Así mismo, las disposiciones superiores le otorgan a la seguridad social en general el carácter de *servicio público obligatorio*, que tiene que ser prestado bien por el Estado de manera directa o bien por los particulares, pero siempre de conformidad con la ley (artículo 48 CN).

De manera específica, se refiere el artículo 49 constitucional a la atención en salud y al saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado y se reitera de manera específica en el ámbito de la salud que se garantiza "*a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*", insistiendo el constituyente en el carácter universal de este derecho, de donde se deriva su fundamentabilidad, en cuanto se reconoce a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social en salud cuya efectividad debe garantizar el Estado (C.P artículo 48 inciso 2º y art. 49). Concretamente y en relación con la seguridad social en salud, la Constitución reitera entonces que se trata de un servicio público a cargo del Estado, el cual debe organizar, dirigir y reglamentar su prestación de manera universal, esto es, garantizando a todos los habitantes del territorio nacional o todas las personas el acceso efectivo a los servicios en salud, bien sea para la promoción, la protección o la recuperación de la misma.

Así también se refiere este artículo 49 Superior a que al Estado le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de "*eficiencia, universalidad y solidaridad*".

En forma complementaria a lo anterior, la Constitución Nacional en sus artículos 365 y 366 establece que los servicios públicos en general son inherentes a la finalidad social del Estado, en armonía con lo dispuesto por el artículo 2 de la Carta Política, y que es deber del Estado asegurar su prestación a "*todos los habitantes del territorio nacional*" de conformidad con la ley, reiterando en este sentido la universalidad y con ello también la fundamentabilidad del servicio público asociado en este caso a la salud.

En este orden de ideas, en el orden constitucional superior el sistema de seguridad social en salud está gobernado por los principios de *universalidad, eficiencia y solidaridad* en su prestación, esto es, que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la seguridad social. De manera ha reiterado la Corte que la seguridad social en salud, es un servicio público inherente a la finalidad social del Estado, cuya prestación debe llevarse a cabo con fundamento en las normas constitucionales y en los principios de universalidad, solidaridad y eficacia.³

De este modo, ha establecido esta Corte que de acuerdo con el principio de universalidad "la cobertura en la protección de los riesgos

inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc."⁴ (resaltado fuera de texto) En otras palabras, este principio implica que todas las personas en condiciones de igualdad deben estar amparadas frente a todos los riesgos derivados del aseguramiento en salud.

Para la Sala es claro entonces que el principio de universalidad en salud conlleva un doble significado: respecto del *sujeto* y respecto del *objeto* del sistema general de salud. (i) Respeto del sujeto, esto es, del destinatario de la seguridad social en salud, el principio de universalidad implica que *todas las personas habitantes del territorio nacional* tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud. (ii) Respeto del objeto, esto es, la prestación de los servicios de salud en general, este principio implica que todos los servicios de salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de la misma; razón por la cual deben estar cubiertos todos estos servicios dentro de los riesgos derivados del aseguramiento en salud.

Del principio de universalidad en materia de salud se deriva primordialmente el entendimiento de esta Corte del derecho a la salud como un derecho fundamental, en cuanto el rasgo primordial de la fundamentabilidad de un derecho es su exigencia de universalidad, esto es, el hecho de ser un derecho predictable y reconocido para todas las personas sin excepción, en su calidad de tales, de seres humanos con dignidad.

En cuanto al principio de solidaridad ha establecido esta Corte que esta máxima constitucional "*exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber:*

En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.

En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia".⁵

Finalmente, para esta Corte el principio de eficiencia en materia de salud hace relación al arte de la mejor utilización y maximización de los recursos financieros disponibles para lograr y asegurar la mejor prestación de los servicios de salud a toda la población a que da derecho la seguridad social en salud⁶.

La naturaleza constitucional expuesta del derecho a la seguridad social en salud junto con los principios que la informan han llevado a esta Corte a reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud⁷.

2.2 En este orden de ideas, esta Sala se permite reiterar que conforme al artículo 49 de la Constitución Política, el cual establece que "(l)a atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado", de manera que "(s)e garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud", se establece el carácter universal del derecho a la salud y con ello su fundamentabilidad, razón por la cual esta Corporación desde sus inicios ha venido protegiendo este derecho vía de la acción tutelar.

En virtud del entendimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de universalidad y por tanto de fundamentabilidad, esta Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del estado social de derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida⁸.

Aunque de manera reiterada, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo⁹ y por conexidad¹⁰, de forma progresiva la jurisprudencia constitucional ha reconocido su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo¹¹. Al respecto, en la sentencia T-573 de 2005¹² la Corporación indicó:

"Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto en que hoy sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental. (...)"

Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. (...)" (Negrilla fuera del texto original).

De esta manera y en aras de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en varias ocasiones¹³, ésta Corte se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación igualitaria, universal, continua, permanente y sin interrupciones, de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud.

Ahora bien, esta Corporación también ha insistido en que el sistema de seguridad social en salud se encuentra intrínsecamente vinculado a la satisfacción, protección y garantía de las necesidades básicas de la población y de contera a la efectividad de los derechos fundamentales, lo cual constituye una razón más para que por conexidad se entienda como un derecho fundamental de aplicación y protección inmediata. Cabe recordar aquí que por mandato expreso del artículo 44 Superior, el derecho a la salud de los niños, de las personas de la tercera edad, o sujetos

de especial protección constitucional es fundamental y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiera tal status.

El carácter fundamental del derecho a la salud por conexidad con otros derechos fundamentales ha sido reconocido y reiterado clara y ampliamente por esta Corporación en numerosa jurisprudencia, como por ejemplo en la Sentencia C- 615 del 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual se dijo:

"El sistema de seguridad social en salud y su vinculación a la satisfacción de necesidades básicas de la población y a la efectividad de los derechos fundamentales.

....

De otro lado, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha puesto de presente cómo, a pesar del carácter primariamente prestacional del derecho a la salud, el mismo debe ser objeto de protección inmediata cuando quiera que su efectividad comprometa la vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la dignidad personal. Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarlo en conexión inescindible con el derecho a la vida o a la dignidad e incluso al libre desarrollo de la personalidad.¹⁴ En este punto, además, no debe perderse de vista que la salud de los niños es per se un derecho fundamental, pues así lo dispone el artículo 44 superior, disposición que, como lo ha sostenido la Corte, debe entenderse como configurativa de un tratamiento privilegiado o de primacía de sus derechos sobre los de las demás personas¹⁵. De otra parte, también la Corte ha sostenido que la seguridad social - y por consiguiente la salud- como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta."¹⁶

La Sala considera que las anteriores consideraciones son importantes a la hora de estudiar las acusaciones que formula el demandante, pues dada la naturaleza constitucional del derecho a la salud que, como se acaba de explicar, es para esta Corte *per se* de carácter fundamental, pero que también se encuentra intrínsecamente vinculado con la garantía de otros derechos fundamentales y que por tanto por conexidad también constituye se ha reconocido como derecho fundamental al comprometer la efectividad de otros derechos fundamentales, imponen al legislador ciertos límites en el diseño y regulación legal del sistema de seguridad social en salud.

2.4 Ahora bien, en cuanto al carácter *prestacional* del derecho a la seguridad social en salud y al *principio de progresividad* para hacer plenamente efectivo este derecho, esta Corte quiere aclarar, en primer lugar, un entendimiento erróneo y equivocado respecto de este carácter, ya que el carácter prestacional y progresivo de los derechos sociales, en este caso, del derecho a la salud, en nada afecta la fundamentabilidad del derecho a la salud, ligada como se anotó, a la universalidad del mismo, sino que por el contrario, estos principios tratan de explicitar una máxima según la cual, el Estado tiene la obligación jurídica de implementar todas las medidas legislativas, administrativas, políticas y financieras para hacer efectivo en forma material y pronta el derecho a la salud de todos los habitantes del territorio nacional y respecto de la totalidad de los servicios de salud requeridos para garantizar la prevención, promoción, protección y curación de la salud, precisamente por el carácter fundamental de este derecho.

En segundo lugar, esta Sala quiere enfatizar en que la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al afirmar reiteradamente que la obligación del Estado de desarrollar progresivamente la protección efectiva del derecho a la salud, en aras de lograr maximizar plenamente el principio de universalidad en la cobertura plena en salud, tanto respecto del sujeto del sistema, esto es, en el cubrimiento de toda la población, como respecto del objeto del sistema, esto es, en relación con la prestación de todos los servicios de salud requeridos, desarrollo que depende a su vez de la maximización de los recursos presupuestales, no puede servir de óbice para auspiciar ni un *tratamiento discriminatorio*, ni la *lentitud* en el proceso de cobertura en los servicios de salud de toda la población colombiana, ni muchos menos el *retroceso* en la cobertura o calidad alcanzada en la prestación de los servicios de salud, sino que muy por el contrario el Legislador y el Gobierno tienen la *obligación jurídica* de adoptar todos los mecanismos e instrumentos para lograr la plena maximización del principio de universalidad del sistema de seguridad social en salud.¹⁷

Sobre este punto se dijo en Sentencia C-130-02, M.P.: Jaime Araújo Rentería:

"Para la Corte no hay duda que estos pronunciamientos aún continúan teniendo vigencia, sin embargo es importante añadir que si bien el desarrollo progresivo de la seguridad social para lograr la cobertura total de los servicios de salud para todos los habitantes del territorio colombiano debe hacerse gradualmente, para lo cual los recursos existentes en un momento dado juegan un papel determinante, esto no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de los artículos 48 y 49 del Estatuto Supremo.

En consecuencia, es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos. De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya reiterado, refiriéndose al derecho a la salud, que si bien el nivel de desarrollo juega un papel fundamental para ese fin, ello "no se debe entender como un factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades. El principio de progresividad exige mas bien que, a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales."

Este punto de vista concuerda con el expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1165/00¹⁸, en el que expresó respecto de la disminución de recursos para el régimen subsidiado lo siguiente: "esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado, de ninguna

manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico - sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la seguridad social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aún estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales".

En este orden de ideas, la Corte ha sintetizado este criterio afirmando que el carácter prestacional y progresivo del derecho a la salud conlleva tres obligaciones por parte del Estado: en primer lugar, el deber del Estado de tomar todas las medidas -económicas, jurídicas y políticas- para su realización plena; en segundo lugar, el deber del Estado de garantizar unos contenidos mínimo y esenciales de prestación de servicios a una cobertura universal de los mismos y la obligación de maximizarlos en cuanto sea posible; y en tercer lugar, el nivel de protección alcanzado no se puede afectar o disminuir.¹⁹

2.3. Libertad de configuración legislativa y límites constitucionales a dicha potestad: De otra parte, ha establecido la Constitución y reiterado clara e insistente la jurisprudencia constitucional de esta Corte que si bien es al Legislador a quien le asiste la competencia general para regular la prestación de los servicios de salud, competencia derivada de la cláusula general de competencia, y en cuanto se trata de la prestación de servicios públicos también sujeta a reserva de ley, competencias que emanen directamente de la misma Constitución en sus artículos 48, 49, 150 y 365, esta libertad regulativa está limitada y restringida por el respeto de los valores, principios y derechos de orden superior constitucional, no pudiendo el legislador, en aras de regular la materia, traspasar dichos límites jurídicos que constituyen el presupuesto analítico-normativo del Estado constitucional y social de derecho.²⁰

En este sentido ha establecido la Corte que el Legislador goza de un amplio margen de configuración para determinar por ejemplo cuáles entidades del sector público o privado pueden prestar el servicio de salud, el régimen a que deben sujetarse, así como todos los demás aspectos atinentes al mismo.²¹ En este tema el Legislador goza de amplia libertad para en aras de lograr la realización efectiva de estos derechos, definir y concretar los mecanismos institucionales y los procedimientos pertinentes, pudiendo recurrir a distintos mecanismos y diseños para desarrollar y materializar estos derechos.

A este respecto ha sostenido la Corte en Sentencia C-130-02, M.P.: Jaime Araújo Rentería:

*"La facultad del legislador para regular el sistema de seguridad social en materia de salud emana de la misma Constitución, en cuyos artículos 48, 49 y 365, le confieren una amplia potestad para hacerlo. Entre las actividades que puede realizar se destacan las siguientes: organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud para toda la población colombiana, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control; fijar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes debe ser gratuita y obligatoria; establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades públicas o privadas, cuya vigilancia y control siempre estará a cargo del Estado; señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares en esta materia, organizar el sistema de salud en forma descentralizada por niveles de atención, entre lo más relevante."*²²

Sin embargo, ha insistido y reiterado también esta Corporación que a pesar de la amplia potestad de regulación del legislador en materia de seguridad social en salud, dicha potestad no es absoluta sino que tiene claros límites constitucionales en los principios, valores y derechos de orden superior, que restringen y delimitan la libertad de configuración del legislador en esta materia.

Sobre los límites a la libertad de configuración del legislador en materia de seguridad social en salud se pronunció esta Corte en la sentencia C-1489-00, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, en donde expresó:

"Lo anterior no significa, empero, que la discrecionalidad del Congreso en este campo sea total, por cuanto la Carta establece unos principios básicos que obligatoriamente orientan la seguridad social, y que por ende limitan la libertad de configuración del Legislador. Así, según expresos mandatos constitucionales, la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio, que habrá de ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (CP art. 48). La Corte ha entendido entonces que "la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio"²³. Por consiguiente, si el Legislador opta, por ejemplo, por una regulación en virtud de la cual las personas pueden escoger entre afiliarse o no a la seguridad social, ese diseño sería inconstitucional por desconocer el carácter irrenunciable de la seguridad social. Es pues claro que existen unos principios y mandatos constitucionales en materia de seguridad social y salud (CP arts 48 y 49) que enmarcan el alcance de estos derechos y limitan entonces las posibilidades de regulación por parte del Legislador".

La fijación de claros límites de orden constitucional en materia de seguridad social en salud, tanto de orden material como formal, determinados por los valores y principios fundantes del Estado social de Derecho, fue reiterada por esta Corporación en Sentencia C-130 del 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería, en los siguientes términos:

"Para efectos del desarrollo legislativo de estas atribuciones, el Congreso no goza de una capacidad de configuración total, "por cuanto la Carta establece unos principios básicos que obligatoriamente orientan la seguridad social, y que por ende limitan la libertad de configuración del Legislador."²⁴ Dichos límites están señalados en la misma Constitución Política, y son tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma), como de carácter sustancial, que están determinados por los valores y principios en que se funda el Estado social de derecho (dignidad de la persona humana) y en las cláusulas propias del modelo económico de la Constitución (intervención del Estado y planificación económica,

propiedad privada y libertad de empresa e iniciativa privada."²⁵

Dentro de ese marco de acción bien puede el Legislador establecer distintos modelos u opciones para la oportuna, efectiva y eficaz prestación de los servicios de salud, pues como tantas veces se ha reiterado, "las cláusulas de la Constitución que establecen el deber del Estado de proporcionar a los ciudadanos un servicio eficiente de salud, son normas abiertas que permiten distintos desarrollos por parte del legislador, en razón al pluralismo político y al libre juego democrático que caracteriza el Estado constitucional de derecho. El Estado puede optar por distintos sistemas o modelos de seguridad social en salud, lo que corresponde a la órbita propia de la valoración política del legislador, y mientras se respete el núcleo esencial de las libertades públicas y de los derechos fundamentales."²⁶²⁷

Posteriormente, la Corte ha recabado insistentemente en los principios y reglas generales que restringen la potestad regulativa y configurativa del legislador en materia de seguridad social en salud, estableciendo entre otros (i) el carácter *obligatorio e irrenunciable* del derecho a la seguridad social en salud, (ii) su prestación como *servicio público* cuya dirección, organización, control y vigilancia se establece bajo la responsabilidad del Estado, (iii) los principios de *universalidad, solidaridad y eficiencia*,²⁸ y finalmente (iv) el respeto al principio de igualdad.²⁹ Principios todos estos, especialmente el de universalidad y el de igualdad que cobran relevancia en el presente juicio de constitucionalidad.

Respecto del principio de igualdad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia de salud, ha expresado la Corte que ésta se configura cuando el legislador "recurre a criterios de diferenciación sospechosos o potencialmente discriminatorios"³⁰, que impliquen un trato diferente a situaciones fácticamente iguales o análogas que ameritan un trato igualitario. Así mismo, ha reiterado más recientemente esta Corporación³¹ que los derechos fundamentales, representan claros límites a la libertad configurativa del legislador y que en lo referente al principio de igualdad este puede resultar vulnerado a través de regulaciones legales irrazonables o desproporcionadas que terminen vulnerando la igualdad, como en el caso en que se establezcan derechos y prestaciones sólo para determinados grupos, sin observar adecuadamente estos criterios. Dijo en esa oportunidad la Corte:

"De otro lado, a partir del principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, otro obvio límite a la libertad de configuración normativa es la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, por lo que serían inconstitucionales aquellos contenidos que establezcan derechos y prestaciones que se apliquen sólo a determinados grupos, sin observar adecuadamente estos criterios."

En este orden de ideas, la Sala reitera en esta oportunidad los claros límites que tiene la libertad de configuración del legislador en materia de salud, en cuanto debe respetar los principios que informan este ámbito, entre ellos el principio de universalidad, como también los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la salud y el derecho a la igualdad.

3. RÉGIMEN LEGAL DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

En ejercicio de las facultades constitucionales, el legislador expidió la ley 100 de 1993, reguladora del Sistema Integral de Seguridad Social en materia de salud y de riegos profesionales. En lo que se refiere a la salud, que es el ámbito de la seguridad social que reviste interés dentro del presente proceso de constitucionalidad, el legislador estableció dos regímenes distintos de participación al mismo: el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado. Este último con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías. Los aspectos más relevantes de uno y otro régimen son los que se pasan a enunciar a continuación:

3.1 El Régimen Contributivo lo define la misma ley 100 en el artículo 202, como el "*conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador*".

Son afiliados obligatorios a este régimen las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago (art. 157 ley 100/93), quienes deben pagar una cotización o aporte económico previo, el cual puede ser financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con el empleador.

La prestación del servicio propiamente dicho, está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, por delegación del Estado, quienes a la vez están autorizadas para contratar la atención de los usuarios con las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud IPS.

Las EPS están encargadas también de recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados a este régimen, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De cuyo monto debe descontar el valor de la Unidad de Pago por Capitación UPC, por cada usuario, fijada en el Plan Obligatorio de Salud, y trasladar la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía.

3.2 El Régimen Subsidiado, lo define el artículo 211 de la ley 100 de 1993 en los siguientes términos: "*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 presente ley*". Mediante este régimen se financia la atención en salud de las personas más pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar.

Así las cosas son beneficiarios del Régimen Subsidiado la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, es decir, sin capacidad de pago, teniendo especial importancia dentro de este grupo, las madres durante el embarazo, parto y post parto 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, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodista independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago (arts. 257, 212 y 213 ley 100/93).

La administración de este régimen corresponde a las direcciones distritales, municipales y departamentales de salud, las cuales están autorizadas para celebrar contratos de esa índole con las denominadas EPS del Régimen Subsidiado que pueden ser públicas o privadas, a las cuales les corresponde manejar los recursos, afiliar a los beneficiarios, prestar directa o indirectamente los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado POS -S, etc.

3.4 Respecto de los denominados participantes vinculados que, dicho sea de paso son temporales y solamente se pueden afiliar al sistema subsidiado, los define el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 así: "son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado".

Las personas vinculadas tienen acceso a los servicios de salud que prestan las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, de conformidad con el art. 20 de la Ley 1122 del 2007.

En este orden de ideas, observa la Corte que el legislador reglamentó los dos (2) regímenes enunciados, estableciendo claras diferencias en cuanto a su organización, administración, funcionamiento, forma de afiliación, financiación, manejo de recursos, costos, UPC, entre otros items, en desarrollo de la potestad que le confiere la Constitución en los artículos 48 y 49. Así esta Corte ha determinado dos regímenes y tres tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud, así:

"En conclusión tenemos, dos (2) regímenes bien definidos: a) El contributivo y, b) el subsidiado; y tres (3) tipos de participantes en el sistema general de seguridad social, a saber: a) Participantes afiliados al régimen contributivo, b) participantes afiliados al régimen subsidiado y, c) participantes vinculados"³².

Es de anotar que esta Corte ha considerado que se encuentra plenamente justificada a nivel constitucional la diferencia existente entre los regímenes contributivo y subsidiado, es decir, que es idónea, necesaria, proporcional y razonable dicha diferenciación realizada por el legislador en el modelo de seguridad social adoptado en el país, en aras de lograr una prestación adecuada del servicio de salud³³.

Ahora bien, respecto de los servicios que se prestan en cada uno de los regímenes de salud ha afirmado esta Corte, que tanto los afiliados al Régimen Contributivo como al subsidiado, tienen igual derecho a recibir los servicios de salud comprendidos en los respectivos planes básicos y obligatorios de salud -POS-, garantizando de esta forma el legislador el derecho irrenunciable a la salud. En este sentido, ha sostenido también que en caso que se excluya del sistema de seguridad social en salud a algún sector de la población, ello vulnera abiertamente la Constitución (arts. 48 y 49)³⁴.

En relación con los recursos y la financiación del sistema general de seguridad en salud esta Corte ha establecido³⁵ el mandato de destinación específica de los recursos de la seguridad social y el carácter parafiscal de dichos recursos, así como la forma de financiación del sistema mediante las cotizaciones y el pago de la Unidad de Pago por Capitación -UPC- o valor per capita, respecto del cual aclaró la Corte que el valor del UPC es aquél que se le reconoce a las EPS y ARS por la prestación de los servicios de salud del POS y POSS, el cual está determinado con base en el perfil epidemiológico de la población, de los riegos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería³⁶, y que este valor se encuentra en el centro del equilibrio financiero del sistema el cual tiene como objetivo garantizar la viabilidad del sistema y su continuidad.

En este sentido y concretamente en relación con el financiamiento del sistema general de salud se dijo en la sentencia C-824 del 2004:

"La Ley 100 de 1993, que es el marco de referencia normativo del sistema de seguridad en salud, establece a su vez diferentes regímenes para su financiamiento y administración: el contributivo y el subsidiado.

Las personas afiliadas al régimen subsidiado en salud se vinculan a través del pago de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad. Forma parte de este régimen por consiguiente, la población más vulnerable del país³⁷. Los recursos del régimen subsidiado de salud son de origen netamente público³⁸, pues ellos provienen del Sistema General de Participaciones, de los recursos de cofinanciación derivados de la segunda subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía, así como de los recursos producto del esfuerzo fiscal territorial que se destinen a esos efectos. Con cargo a dichos recursos se reconoce a las ARS, por cada uno de sus afiliados, la denominada unidad de pago por capitación subsidiada UPS-S. Las ARS tienen derecho, entonces, a recibir por la organización y gestión del POS-S, como retribución una proporción de la UPC-S vigente.

8- Las personas vinculadas al régimen contributivo por el contrario,-precisamente porque cuentan con una mayor capacidad económica -, cotizan al sistema mediante una contribución obligatoria, siendo las EPS, como entidades administradoras de este régimen, las encargadas de recaudar las cotizaciones de los afiliados, de facilitar la compensación con el Fosyga, y de hacer un manejo eficiente de los recursos de las UPC. En efecto las EPS reciben igualmente una unidad UPC por cada beneficiario del sistema. El resto va al Fondo de Solidaridad y Garantía. Así, tal y como lo señaló esta Corporación en la sentencia SU-480 de 1997:

"La seguridad prestada por la EPS tiene su soporte en la totalidad de los ingresos del régimen contributivo, por consiguiente forman parte de él:

- a) Las cotizaciones obligatorias de los afiliados con un máximo del 12% del salario base de cotización el cual no puede ser inferior al salario mínimo.
- b) También ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras los pagos compartidos las tarifas y las bonificaciones de los usuarios.

c) Además los aportes del presupuesto nacional.

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

4. LA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA Y SU NO CONFIGURACIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA NORMA DEMANDADA

4.1. De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta corporación, el legislador puede vulnerar la Constitución no solamente por acción sino también por omisión en el desarrollo de su actividad prevista en aquella.

Ha señalado la Corte que, con un criterio lógico, la omisión legislativa presupone la existencia de un deber consagrado en la Constitución, que incumple el legislador. Así mismo, ha precisado que la omisión no se configura por la violación del deber genérico de legislar, sino por la infracción de un *deber específico y expreso* de hacerlo en relación con sujetos o situaciones determinados.³⁹

En este orden de ideas, ha indicado esta Corporación que la omisión legislativa reviste dos modalidades: omisión legislativa absoluta, caso en el cual no procede el análisis constitucional por inexistencia de disposición legal y la omisión legislativa relativa, caso en el cual sí procede el estudio constitucional por cuanto se trata de una disposición legal incompleta que vulnera ciertas garantías constitucionales. En este caso ha dicho la Corte que "*se cumple a cabalidad el fundamento básico del control constitucional - la confrontación objetiva entre la ley y la Constitución -, ya que el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa imperfecto en su concepción, y que a partir de la ausencia parcial de regulación, al cotejarlo con la Carta, aquél puede resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales...*"⁴⁰

Sobre las clases de omisión legislativa en la Sentencia C-833-06, M.P.: Jaime Araújo Rentería, esta Corte expresó:

"i). la omisión legislativa absoluta, que ocurre cuando el legislador no desarrolla actividad alguna, o sea, cuando hay ausencia total de regulación legislativa.

En este caso la Corte carece de competencia para su examen, pues, sobre la base de que todo análisis de constitucionalidad exige la confrontación de una norma legal con los preceptos constitucionales, en tal evento no existe uno de los extremos de esa comparación y, por ende, el estudio resulta imposible.

ii). la omisión legislativa relativa, que acaece cuando el legislador sí cumple el deber constitucional de expedir normas en relación con sujetos o situaciones determinados, pero lo hace en forma incompleta o defectuosa, en condiciones tales que vulnera garantías constitucionales tales como los principios de igualdad o del debido proceso.

En este caso, el juicio de constitucionalidad sí es posible, por existir una regulación, aunque parcial o imperfecta, y por contar así con el extremo legal indispensable para la confrontación correspondiente, lo cual determina la competencia de la Corte para efectuarla.

A este respecto, la Corte ha señalado que en la demanda respectiva debe señalarse una norma legal determinada de la cual emerja o surja la omisión y que, por tanto, no es procedente formular demanda por tal motivo en relación con normas legales indeterminadas".

En relación con los requisitos para que se configure y prospere el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, esta corporación ha determinado cinco (5) exigencias a saber: (i) la *existencia de una norma* respecto de la cual se pueda predicar necesariamente el cargo por inconstitucionalidad; (ii) la *exclusión* de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos *casos o situaciones análogas* a las reguladas por la norma, que por ser asimilables, debían de estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o la *omisión* en el precepto demandado de un *ingrediente o condición* que, de acuerdo con la Constitución, *resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta*; (iii) la *inexistencia de un principio de razón suficiente* que justifica la exclusión de los casos, situaciones, condiciones o ingredientes que debían estar regulados por el precepto en cuestión; (iv) la generación de una *desigualdad negativa* para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma, y en consecuencia la *vulneración del principio de igualdad*, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual; y (v) la existencia de un *deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador* para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por consiguiente la configuración de un incumplimiento, de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.⁴¹

Así mismo, esta Corporación ha indicado:

"La Corte ha considerado como elementos estructurales de la omisión legislativa relativa, "la existencia de una disposición que excluya de sus hipótesis o de sus consecuencias alguna situación que en principio debía estar incluida, que tal exclusión no tenga justificación alguna y que por lo tanto la misma no supere el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, y por último que dicha exclusión constituya inobservancia de un mandato constitucional impuesto al legislador."⁴² En estos casos procede el control de constitucionalidad de esa disposición, siempre que ese supuesto se desprenda del contenido normativo demandado, pues, como lo ha sostenido la Corte, la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria⁴³".⁴⁴

Preponderantemente, la configuración de omisión legislativa relativa se ha referido a la vulneración del principio de igualdad y al debido proceso, pero esta Corte ha establecido también que ello no siempre es así y que este tipo de incumplimiento del legislador en su deber de legislar puede estar referido a la vulneración de otras garantías constitucionales.⁴⁵

Ha establecido igualmente esta Corporación que en los casos en que se configure una omisión legislativa relativa, la Corte debe proceder a dictar o bien una sentencia de inexequibilidad simple en aras de restablecer la igualdad, como cuando se suprime del ordenamiento jurídico una regulación contentiva de un trato discriminatorio; como también una *sentencia aditiva*, en virtud de la cual se completa o perfecciona la regulación examinada, se restablece la voluntad del constituyente, que no acató el legislador, y se elimina la vulneración de garantías constitucionales, en ejercicio de su función propia de guarda de la supremacía e integridad de la Constitución consagrada en el Art. 241 de la misma.⁴⁶ Así también, cuando se configura la omisión legislativa por vulneración del principio de igualdad, esta Corte ha establecido que la solución puede encontrarse en una *sentencia de exequibilidad condicionada* que permita extender la cobertura de aquellos contenidos normativos de los que se predica la omisión, a los sujetos excluidos.⁴⁷

Esta Sala tiene que entrar entonces a verificar si se cumplen los requisitos y exigencias expuestas, y sólo en tal caso, tendría competencia la Corte para declarar la existencia de la omisión legislativa relativa reclamada por el demandante.

4.2. En el presente caso considera el actor, así como la Vista Fiscal, que se configura omisión legislativa relativa por cuanto en su criterio el legislador no cumplió plenamente con su función de regular una determinada materia en punto a la seguridad social en salud, en este caso concreto, respecto de la obligación de las EPS de presentar ante los Comités Técnicos Científicos las solicitudes respecto del cubrimiento de servicios de salud no incluidos en el POS, omitiendo sin embargo incluir un supuesto de hecho que también debía haber estado regulado, en este caso, las enfermedades no catalogadas como de alto costo, así como los servicios de salud en general y no exclusivamente los medicamentos; y en criterio del señor Procurador, también omitió el legislador incluir como beneficiarios de esta prerrogativa a los afiliados al Régimen Subsidiado y no sólo a los afiliados al Régimen Contributivo.

Evidencia sin embargo la Corte de entrada, que en este caso no se cumple con el requisito determinado por la jurisprudencia constitucional respecto de la existencia de un *deber constitucional específico y concreto* para el legislador de regular la materia bajo examen, ya que lo que existe es un deber general de orden constitucional de regular el tema de la seguridad social en salud, consagrado por el artículo 48 de la Constitución Nacional, deber que por lo demás como se anotó en las consideraciones generales sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud viene determinado por la libertad de configuración del legislador en esta materia, claro está con los límites determinados por los valores, principios y derechos de orden constitucional.

Por esta razón, y al no configurarse la inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, no procederá esta Corte a realizar el examen de constitucionalidad de las expresiones demandadas en relación con el cargo por vulneración del principio y derecho a la igualdad, sino en relación con la vulneración de los artículos 48 y 49 Superiores, ya expuestos en la parte motiva y considerativa de esta sentencia.

6. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS

Para poder realizar el análisis de constitucionalidad de la expresión demandada por los cargos imputados con fundamento en las consideraciones generales desarrolladas en relación con el derecho a la salud (art. 48 y 49 CN) y los principios constitucionales que la rigen, como la universalidad y solidaridad, la Corte considera necesario entrar a estudiar (i) en primer lugar, el alcance de la disposición acusada; (ii) la aplicación de los principios generales del sistema general de salud y la fundamentabilidad del derecho a la salud; y (v) una síntesis conclusiva.

6.1. alcance de la disposición acusada:

6.1.1 El aparte cuya constitucionalidad se estudia "*En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga*" se encuentra contenido en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007 "*por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*", ley respecto de la cual esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades sobre la constitucionalidad de algunas de sus disposiciones⁴⁸.

El artículo 14 de la Ley 1122 se encuentra en el Capítulo IV "Del aseguramiento". El aseguramiento en salud lo entendió el legislador como la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Este aseguramiento implica que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Así mismo establece este artículo que las Empresas Promotoras de Salud en cada régimen, esto es, tanto en el contributivo como en el subsidiado, sean las responsables de cumplir con las funciones del aseguramiento, las cuales por lo demás son indelegables, determinando que las entidades que administran el Régimen Subsidiado se llamarán "Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado" (EPS).

El artículo 14 trae unas reglas adicionales para el aseguramiento en el Sistema General de Salud, de las cuales hace parte el literal j) demandado, el cual prevé en una primera parte, la obligación de las EPS de llevar a consideración del Comité Técnico Científico las solicitudes relativas a medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, en aquellos casos de enfermedad de alto costo, para que estos sean cubiertos por el Fosyga. En una segunda parte, el artículo 14 determina una sanción para las EPS que incumplan este deber, de manera tal, que si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes respecto de medicamentos no incluidos en el POS para enfermedades de alto costo, ni las tramita ante el respectivo Comité Técnico Científico, y en caso tal de que se obligue a la EPS a la prestación de dicho servicio solicitado mediante acción de tutela, los costos deberán ser cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.

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

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

6.1.2. En relación con los Comités Técnicos Científicos esta Corte reitera su jurisprudencia (i) en primer lugar, en el sentido de que estos Comités son instancias meramente administrativas cuyos procedimientos no pueden oponerse a los afiliados al momento de hacer efectivo el derecho a la salud de los usuarios a través de la prestación de servicios médicos no cubiertos por el POS; (ii) en segundo lugar, en el sentido de que son los médicos tratantes los competentes para solicitar el suministro de servicios médicos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud; (iii) en tercer lugar, en el sentido de que cuando exista una divergencia entre el criterio del Comité Técnico Científico y el médico tratante prima el criterio del médico tratante, que es el criterio del especialista en salud.

En este sentido es que la Corte en materia de tutela ha reiterado que: "*ni las Entidades promotoras de Salud ni los jueces de tutela pueden negar a los usuarios el suministro de medicamentos argumentando que estos no han agotado todo el procedimiento por no haber presentado solicitud de autorización al Comité Técnico Científico*"⁴⁹.

Así también, la Corte ha señalado, en repetidas oportunidades, que las resoluciones que han reglamentado los Comités Técnico-Científicos⁵⁰ - CTC- han establecido que los médicos tratantes adscritos a las entidades prestadoras de servicios de salud son los competentes para solicitar ante el CTC la entrega de medicamentos por fuera del POS. En este sentido, la resolución 2933/06, expedida por el Ministerio de la Protección Social, norma vigente sobre la materia, establece en su artículo 4 las funciones del CTC. Allí se dispone que son los médicos tratantes quiénes tienen la competencia de solicitar el suministro de medicamentos por fuera del Plan Obligatorio de Salud. Así lo indica la norma:

"Artículo 4º. Funciones. El Comité Técnico-Científico tendrá las siguientes funciones:

1. Analizar para su autorización las solicitudes presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, el suministro de medicamentos por fuera del listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan." (Énfasis por fuera del texto).

Por lo tanto, la norma citada establece que la competencia para solicitar ante el Comité Técnico Científico -CTC- el suministro de un medicamento que se encuentre excluido del POS reside exclusivamente en los médicos tratantes de los afiliados.

De lo anterior se desprende que, el procedimiento previsto por las EPS para el otorgamiento de servicios médicos por fuera del POS corresponde a un trámite administrativo interno de las entidades prestadoras de salud el cual no puede ser oponible al afiliado al sistema, ya que: i) no le corresponde adelantarlo por su propia cuenta, al no ser competente y además ii) este requisito constituye una carga administrativa propia de la entidad, que no puede establecerse como una barrera para el goce efectivo de los servicios de salud⁵¹.

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

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

6.1.3. Respecto de las prestaciones de salud ordenadas por el médico tratante, entre las cuales se encuentran los medicamentos pero también los diagnósticos, exámenes, intervenciones, cirugías etc., o cualquier otro tipo de prestación en salud, es claro para la Corte que cuando a una persona la aqueja algún problema de salud, el profesional competente para indicar el tratamiento necesario para promover, proteger o recuperar la salud del paciente es el médico tratante. Por tanto, evidencia la Sala que una vez que el médico tratante ha determinado qué necesita en términos médicos un paciente, ese requerimiento se convierte respecto de ese ciudadano en particular en un derecho fundamental a ser protegido por el sistema general de salud, por cuanto es aquello que la persona necesita en concreto para que se garantice efectivamente su derecho fundamental a la salud.

Así los servicios de salud de cualquier tipo y clase que deben prestar las EPS, entre ellas los medicamentos, no son aquellas prestaciones que el ciudadano desde un punto de vista meramente subjetivo considere conveniente para él, sino aquellas prestaciones en salud que el médico tratante, con un criterio científico objetivo ha determinado que necesita el paciente para recuperar su salud. Por ello, estas órdenes médicas no revisten un carácter arbitrario e irrazonable, sino que por el contrario se encuentran plenamente justificadas con base en criterios científicos, razón por la cual considera la Corte que las prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante adquieren una fundamentabilidad concreta

respecto del paciente en razón de la finalidad última de proteger el derecho fundamental a su salud.

6.1.4. Teniendo claro lo anterior, pasa la Corte a determinar el alcance de las expresiones demandadas. Observa la Sala que esta disposición se encuentra regulando un beneficio para los afiliados y usuarios del sistema general de salud, consistente en la obligación de las EPS de presentar a consideración del Comité Técnico Científico los requerimientos o solicitudes del médico tratante relacionados con el cubrimiento de algunos servicios de salud –medicamentos-, no cubiertos en el plan básico de beneficios –POS-, y en caso de algunas enfermedades –de alto costo-. Y que en caso de que la EPS no cumpla con esta obligación, la norma prevé una consecuencia económica, consistente en que si se obliga a la prestación de de dicho requerimiento en salud mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.

Evidencia la Corte que el Legislador en la regulación de este derecho o beneficio otorgado a los usuarios y afiliados al sistema de salud, a través de la obligación de las EPS de presentar las solicitudes relativas a la prestación de los servicios de salud no previstos en el plan de beneficios –POS- en caso de enfermedad, consagra tres restricciones o limitaciones del mismo a saber: (i) en primer lugar, la disposición sólo consagra dicho beneficio para aquellos "casos de enfermedad de alto costo"; (ii) en segundo lugar, sólo consagra el beneficio en relación con los "medicamentos"; y (iii) en tercer lugar, sólo consagra este beneficio para los afiliados y usuarios "del régimen contributivo".

Desde el punto de vista del análisis de la estructura triádica de los derechos fundamentales: *sujeto, objeto y obligado* que evidencia por lo demás una relación *derecho-deber*, encuentra la Sala que en este caso (i) el *sujeto* del derecho o la titularidad del mismo se encuentra en cabeza de los usuarios o afiliados al Régimen Contributivo de salud que padecan enfermedades catalogadas como "de alto costo"; (ii) el *objeto* del derecho regulado lo constituye la prestación de "medicamentos" no incluidos en el plan de beneficios del Régimen Contributivo; y (iii) el *obligado* o los destinatarios de la obligación consagrada en esta disposición, son las EPS quienes deben llevar a consideración del Comité Técnico Científico los requerimientos de los usuarios relativos a la prestación de medicamentos no incluidos en el POS en caso de enfermedades de alto costo.

En este sentido, la Corte encuentra que el aparte demandado excluye a ciertos grupos de personas o usuarios del sistema general de salud de la posibilidad de acceder a la prestación de servicios en salud cuando éstos no estén cubiertos por el POS: (i) en primer lugar, excluye de la prestación de los servicios de salud No-POS a aquellas personas que se encuentren en situación de padecer enfermedades catalogadas como de no alto costo; (ii) en segundo lugar, excluye todos los servicios de salud No-POS para enfermedades de no alto costo, y limita la prestación de servicios de salud No-POS a medicamentos para aquellas enfermedades catalogadas como de alto costo; y (iii) en tercer lugar, excluye por completo de los servicios No-POS a los usuarios del Régimen Subsidiado de salud.

Por consiguiente, la Corte encuentra que la disposición sub examine vulnera el derecho a la salud en cuanto derecho fundamental, en razón de que implica, en primer lugar, una limitante frente a ciertos grupos de usuarios del sistema general de salud, de acceder a prestaciones en salud No-POS, esto es, de aquellos que padecen una enfermedad no catalogada como "de alto costo" y de aquellos usuarios y afiliados del Régimen Subsidiado; y respecto de prestaciones de servicios de salud diferentes a los medicamentos como intervenciones, diagnósticos, exámenes, cirugías, o cualquier otro tipo de prestación en salud.

Pasa la Corte a referirse a las razones de dicha vulneración del derecho a la salud.

6.2 Aplicación de los principios generales y el carácter fundamental del derecho a la salud.

6.2.1 De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, el sistema general de salud constituye un derecho de carácter obligatorio e irrenunciable, cuyo cumplimiento, organización, dirección, vigilancia y control como servicio público se encuentra en cabeza del Estado, de conformidad con la ley, y que se encuentra gobernado por los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia (arts. 48 y 49 CN).

El carácter universal del derecho a la seguridad social en salud apareja como consecuencia su fundamentabilidad, esto es, su carácter de derecho fundamental, tanto respecto del sujeto como del objeto de este derecho, ya que se trata, de un lado, de un derecho que es predicable de manera universal y sin excepción respecto de todas las personas sin posibilidad de discriminación alguna; de otro lado, se trata de un derecho que es predicable respecto de una necesidad básica de los individuos o seres humanos, esto es la salud, lo cual implica a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación, tal y como lo prevé el artículo 49 Superior. Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas. En este sentido, esta Corte ha hecho énfasis en la fundamentabilidad del derecho a la salud en los casos de los menores de edad, de personas de la tercera edad, o de sujetos de especial protección constitucional. Adicionalmente, esta Corte ha reconocido también la fundamentabilidad del derecho a la salud por conexidad con otros derechos fundamentales como la vida digna e integridad personal.

Esta Sala encuentra entonces que las expresiones demandadas "de alto costo" y "del régimen contributivo" contenidos en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, violan el carácter fundamental del derecho a la salud, esto es, su universalidad, en cuanto el legislador excluye del beneficio otorgado a los usuarios del sistema general de salud, consistente en acceder a las prestaciones No-POS, a aquellos usuarios que padecen otro tipo de enfermedad distinta a aquellas enfermedades catalogadas como de "alto costo", así como a los usuarios del Régimen Subsidiado de salud, que por lo demás son los usuarios con menos recursos económicos, frente a los cuales el Estado tiene una obligación positiva de promoción y protección especial, lo cual hace todavía más gravosa la vulneración anotada.

Así mismo, encuentra la Sala que la expresión demandada "medicamentos" vulnera el derecho a la salud como derecho fundamental, por cuanto desconoce la universalidad que se predica también respecto del objeto del derecho a la salud, esto es, respecto de la prestación de los servicios de salud en todas sus modalidades, de manera que se permita alcanzar la promoción, protección y recuperación del bien primario de la salud.

Ahora bien, los argumentos en cuanto a la libertad configurativa del legislador no son de recibo en el presente caso por cuanto como se anotó en la parte motiva de esta providencia, el legislador tiene que respetar claros límites en la regulación de la seguridad social en salud, como los valores, principios y derechos que la gobiernan e informan, entre ellos el principio de universalidad que cobra especial relevancia en el presente caso, y el carácter fundamental del derecho a la salud. Así tampoco son de recibo los argumentos basados en el carácter prestacional y progresivo del derecho a la salud por cuanto como se mencionó en las consideraciones generales, el hecho que el Estado esté obligado a ampliar progresivamente tanto la cobertura poblacional como la cobertura en la prestación de servicios de salud, refuerza el carácter fundamental del derecho a la salud antes que contradecirlo, y no excusa al Estado para no tomar en la mayor brevedad posible todas las medidas necesarias para hacer efectivo este derecho y ello de una manera universal, muchos menos lo excusa para un retroceso en materia de salud.

Finalmente, considera la Corte que no son de recibo los argumentos planteados por los intervenientes a favor de la constitucionalidad de las expresiones acusadas en el sentido de que para los casos que quedan excluidos por la norma demandada, los usuarios en salud tienen la acción de tutela, por cuanto con este argumento se pretende institucionalizar la acción de tutela como mecanismo para conceder las prestaciones en salud no incluidas en el plan de beneficios del POS del Régimen Contributivo o del POS-S del Régimen Subsidiado. Con ello se institucionaliza por un lado la vulneración de los derechos fundamentales, y por otro se desvirtúa el carácter de la acción de tutela, por cuanto el carácter de la tutela es excepcional y residual o subsidiario, de manera que solo procede cuando se han agotado y han fallado todos los mecanismos a que tiene derecho el ciudadano para hacer valer sus derechos fundamentales.

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

Evidencia entonces la Sala, que la disposición acusada entraña una protección deficiente del derecho a la salud, ya que el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007 sólo prevé el beneficio contemplado en dicha disposición para los usuarios que se encuentren en la situación fáctica de padecer enfermedades "de alto costo", de estar afiliados al "régimen contributivo" y sólo en relación con "medicamentos" no incluidos en el plan de beneficios de tal régimen, lo cual en forma consecuente excluye de la prestación de servicios No-POS a los usuarios que se encuentren en la situación fáctica de padecer enfermedades no catalogadas como "de alto costo", de estar afiliados al Régimen Subsidiado y en relación con todas las clases y tipos posibles de prestaciones en salud, como medicamentos, diagnósticos, procedimientos, tratamientos, cirugías, intervenciones, o cualquier otro tipo de prestación en salud, que de conformidad con el criterio del médico tratante sea necesaria para la promoción, protección o recuperación de la salud, de conformidad con los artículos 48 y 49 Superiores.

6.2.2 En cuanto al concepto de enfermedad y su diferenciación entre enfermedad "de alto costo"⁵² y enfermedades no catalogadas como de alto costo, comparte la Corte el criterio planteado por el Ministerio Público en el sentido de entender el concepto de enfermedad en un sentido amplio en cuanto comprometa el bienestar físico, mental o emocional de la persona y afecte el derecho fundamental a la salud así como otros derechos fundamentales, a una vida digna o a la integridad física, independientemente de que sea o no catalogado como de alto costo.

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

Lo anterior se hace también relevante cuando se trata enfermedades en menores de edad, personas de la tercera edad o sujetos de especial protección constitucional para quienes la Corte ha aceptado ampliamente el carácter autónomo del derecho a la salud como fundamental y en el caso de conexidad con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida digna o la integridad personal.

Adicionalmente, considera la Corte que el carácter de "alto costo" es un criterio que no sólo debe ser fijado y analizado en cuanto al costo económico de la prestación en salud, sino también en relación con la capacidad de pago del usuario. Por tanto, la Sala considera que el criterio de "alto costo" es un criterio relativo al status socio-económico del ciudadano y su capacidad adquisitiva. En este sentido, bien puede suceder que una prestación en salud tenga un costo económico o precio relativamente alto en términos económicos pero pueda ser sufragada por el usuario, mientras que por el contrario, puede suceder que una prestación en salud no tenga un costo económico alto, pero que no obstante no pueda ser sufragada por el usuario dada su condición económica y capacidad de pago.

Las anteriores consideraciones cobran mayor relevancia en el caso de los usuarios y afiliados al Régimen Subsidiado, ya que se trata de un sector poblacional que precisamente por su falta o menor capacidad de pago se encuentran en un Régimen Subsidiado por el Estado, frente a los cuales el Estado tiene la obligación de un plus de protección. Por estas razones, es que esta Corte ha establecido en su jurisprudencia para el otorgamiento de prestaciones en salud No-POS vía de tutela, que la capacidad de pago del usuario en salud es determinante para conceder la protección constitucional en cada caso.

Por consiguiente, la Sala encuentra que con la expresión "de alto costo" el legislador excluye del beneficio previsto por la norma acusada a un grupo poblacional relativo a todas las personas, bien se trate de usuarios del Régimen Contributivo o subsidiado, que padecen enfermedades y requieren servicios médicos o prestaciones en salud no incluidas en el POS.

6.2.3 En cuanto al régimen de afiliación, bien se trate de usuarios del Régimen Contributivo o del Régimen Subsidiado, para la Corte es claro que ambos tipos de usuarios deben poder acceder al beneficio de que sus requerimientos ordenados por el médico tratante y no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud sean presentados por las EPS ante los CTC para su consideración y aprobación.

Adicionalmente, para la Sala la condición especial de los afiliados al Régimen Subsidiado, en cuanto se refiere a una población con menores recursos económicos y por tanto en condiciones de especial debilidad y vulnerabilidad, hace mayormente exigible del Estado una protección igualitaria en materia de salud con los afiliados al Régimen Contributivo, así también en relación con las prestaciones no cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud.

6.2.4 En cuanto al tipo de prestación en salud requerido por los usuarios, en este caso prestaciones no contempladas en el plan de beneficios del respectivo régimen o No-POS, en criterio de la Corte para la promoción, protección y recuperación de la salud se encuentran en condición de igualdad todos los tipos y clases de prestaciones en salud determinadas por el médico tratante como requeridas por el paciente, bien se trata de medicamentos, de exámenes, diagnósticos, intervenciones, cirugías, procedimientos o cualquier otro, por cuanto dichos requerimientos se convierten en fundamentales para la persona en aras de restablecer su salud, razón por la cual las EPS tienen la obligación de considerar todos los requerimientos del médico tratante respecto de prestaciones de salud No-POS cualquiera sea su naturaleza y denominación.

6.2.5 Ahora bien, los partidarios de la constitucionalidad de la medida, como el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, argumentan que la medida se encontraría encaminada a lograr el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud y por tanto la continuidad misma del servicio, o con otras palabras, que la medida busca la racionalización de los recursos financieros del sistema de salud en razón de la limitación de los mismos. Sin embargo, para la Corte dicha finalidad no resulta constitucional por cuanto el Legislador no puede buscar la eficiencia y el equilibrio del sistema general de salud a través de la vulneración del propio derecho fundamental a la salud, adoptando un trato discriminatorio frente a un grupo poblacional en salud respecto de unos requerimientos cuya no satisfacción termina afectando directamente derechos fundamentales.

Así mismo, reitera esta Corte que el argumento del carácter prestacional y progresivo del derecho a la salud no excusa al Estado y al Legislador de adoptar todas las medidas para el cubrimiento universal de la salud tanto poblacional como en relación a los servicios y prestaciones en salud que se requieran de acuerdo con el criterio del médico tratante para recuperar la salud. Muy por el contrario este carácter no hace sino reforzar, en criterio de esta Corte, la urgencia y necesidad de maximizar en el menor tiempo posible y adoptando todas las medidas necesarias para ello, el derecho fundamental a la salud.

6.2.6 De otra parte, encuentra la Corte, que la medida dispuesta por la norma no sería idónea para conseguir el fin propuesto en relación con el equilibrio financiero del sistema, por cuanto de un lado, los costos de servicios médicos por fuera del plan de beneficios POS serán cubiertos por el Fosyga, tal y como lo ordena la norma, o por las entidades territoriales en el caso del POS-S del Régimen Subsidiado, tal y como lo establece la Ley 715 del 2001, lo cual no afecta la financiación de las EPS a través de las cotizaciones y de la unidad de valor per capita UPC, destinada a cubrir los riesgos derivados del servicio de salud. De otro lado, en caso de que los requerimientos no sean aprobados por las EPS o en caso de que las EPS no estudien oportunamente tales solicitudes ni las tramite ante el respectivo Comité Técnico Científico, las personas siempre podrán acudir a la acción de tutela, en razón de que dichos requerimientos se encuentran intrínsecamente vinculados con su derecho fundamental a la salud además de estar ligados a otros derechos fundamentales.

Adicionalmente, en el último caso, cuando las EPS no estudien oportunamente tales solicitudes ni las tramiten ante el respectivo Comité Técnico Científico y la prestación sea ordenada mediante acción de tutela los costos deberán ser cubiertos por parte iguales entre las EPS y el Fosyga para el Régimen Contributivo, como lo ordena el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007. Esto demuestra que de todas maneras no sólo el Fosyga para el caso del Régimen Contributivo, sino también las EPS deben responder económicamente por los servicios de salud que no se encuentren incluidos en el POS cuando éstos sean ordenados por el médico tratante, en cuyo caso como se ha anotado, dichos requerimientos adquieren el estatus de fundamentales para el paciente, razón por la que esta Corte considera falaz el argumento según el cual la medida restrictiva protege especialmente las finanzas del sistema.

Así mismo, advierte la Corte que el Estado se encuentra obligado jurídicamente a destinar las partidas presupuestales necesarias dentro del gasto público para el cubrimiento de las necesidades básicas en salud de la población colombiana, lo cual también incluye las prestaciones en salud No-POS ordenadas por el médico tratante que sean necesarias para restablecer la salud de las personas, las cuales deben ser cubiertas por el Fosyga en el Régimen Contributivo y las entidades territoriales en el Régimen Subsidiado, y ello precisamente con la finalidad de lograr el equilibrio del sistema en salud. Por esta razón, considera la Corte que la medida de excluir a bastos sectores de la población, entre ellos a las personas que padezcan enfermedades no catalogadas como de alto costo, aquellas quienes requieren otro tipo de prestación en salud diferente a los medicamentos y a todos los usuarios del Régimen Subsidiado, de la posibilidad de recibir los servicios en salud No-POS que le sean necesarios para la recuperación de su salud, y ello en aras de buscar el equilibrio financiero del sistema, es una medida que a todas luces sacrifica el derecho fundamental a la salud y otros derechos fundamentales, y es una medida que puede ser reemplazada por otro tipo de medidas económicas y financieras, tales como el financiamiento respectivo por parte del Fosyga y las entidades territoriales.

Finalmente, se puede concluir también que la disposición es desproporcionada, en razón a que el costo, esto es la vulneración de derechos fundamentales, es demasiado alto en relación con el beneficio conseguido. En este sentido, es claro para la Corte que la disposición sacrifica otros valores, principios o derechos constitucionales que tienen mayor peso o relevancia frente al principio de eficiencia y equilibrio del sistema financiero, como el derecho a la salud consagrado en los artículos 48 y 49 Constitucionales.

7. NECESIDAD DE CONDICIONAMIENTO DEL APARTE DEL LITERAL J) DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 1122 DE 2007, CON EL CUAL SE HA REALIZADO

INTEGRACIÓN NORMATIVA

De conformidad con lo anterior, y una vez realizada la integración normativa en relación con el aparte "*En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.*" contenida en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, esta Sala encuentra que en aras de darle aplicación al principio de "conservación del derecho" y dado que la normatividad bajo estudio al no tener en cuenta sino los casos de enfermedades de alto costo para el suministro de medicamentos no incluidos en el POS y sólo para el caso del régimen contributivo, pasará esta Sala a condicionar dicha disposición.

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

En consecuencia, la Corte teniendo en cuenta el principio de "*conservación del derecho*" condicionará la exequibilidad del aparte contenido en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007, de manera que se entienda que el reembolso a que son obligadas las EPS objeto de un fallo de tutela, también se aplica respecto de todos los medicamentos y servicios médicos ordenados por el médico tratante no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legales de seguridad social en salud vigentes.

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

Con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquier otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001.

8. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo expuesto esta Corte declarará la exequibilidad del literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, en el aparte que dispone "*En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga*", en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Declarar EXEQUIBLE el literal j) del artículo 14 de la Ley 1222 de 2007, en el aparte que dispone "*En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga*", en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

AUSENTE EN COMISIÓN

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Artículo 188 de la Ley 100 de 1993: Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios. Cuando ocurrán hechos de naturaleza asistencia que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, aquél podrá solicitar reclamación ante el Comité técnico - científico integrado por la Empresa Promotora de Salud a la cual esté afiliado, integrado de la siguiente forma: un representante de la EPS, un representante de la IPS y, un representante del afiliado, quien podrá concurrir directamente. Si persiste la inconformidad, ésta será dirimida por un representante de la Dirección Municipal de Salud.

2 Ver Sentencias C-320 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-539 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 Sobre la naturaleza constitucional de la seguridad social en salud ver entre otras las sentencias C-130 del 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería, C-615-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-791-02, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, C-331-03, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-1032-06, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

4 Sentencia C-623-04, M.P. Rodrigo Escobar Gil

5 Sentencia C-623-04, M.P. Rodrigo Escobar Gil

6 Ver también Sentencia C-623-04, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 En concordancia con la norma constitucional, se puede consultar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual, "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la morbilidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El

mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad." En el mismo sentido, se encuentra la Observación No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud. "1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente."

8 Ver entre otros muchos pronunciamientos de esta Corte la sentencia T-597 de 1993

9 En el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998

10 Cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T-913 de 2005, T-805 de 2005 y T-372 de 2005

11 Para el efecto, se pueden consultar las sentencias T-016 de 2007 y T-1041 de 2006.

12 MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

13 Sentencias T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T-128 de 2005, T-442 de 2003, T-1198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras.

14 Cf. entre otras, las sentencias T-409/95, T-556/95, T-281/96, T-312/96, T-165/97, SU.039/98, T-208/98, T-260/98, T-304/98, T-395/98, T-451/98, T-453/98, T-489/98, T-547/98, T-645/98, T-732/98, T-756/98, T-757/98, T-762/98, T-027/99, T-046/99, T-076/99, T-472/99, T-484/99, T-528/99, T-572/99, T-654/99, T-655/99, T-699/99, T-701/99, T-705/99, T-755/99, T-822/99, T-851/99, T-926/99, T-975/99, T-1003/99, T-128/00, T-204/00, T-409/00, T-545/00, T-548/00, T-1298/00, T-1325/00, T-1579/00, T-1602/00, T-1700/00, T-284/01, T-521/01, T-978/01, T-1071/01,

15 Cf. sentencias Nos. T-200/93 y T-165/95, entre otras.

16 Sentencia C- 615-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

17 Al respecto ver entre otras las sentencias C-1165 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra y C-130 del 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

18 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

19 Ver Sentencia C-671 del 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, criterios que fueron reiterados en la Sentencia C-791 del 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

20 Ver entre otras muchas las sentencias C-1489 del 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero,

21 Ver Sentencias C-033 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz, C-1489 del 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

22 Este criterio ha sido reiterado y desarrollado en jurisprudencia constante de esta Corte, como por ejemplo en las sentencias C-791-02, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, en donde se reiteró que el Legislador tiene un rol primordial en la regulación y configuración del derecho a la salud, y en la Sentencia C-1032-06, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, en donde se reiteró el principio de libertad de configuración normativa que el legislador tiene con respecto al tema de la seguridad social, entre otras.

23 Sentencia C-408 de 1994. MP Fabio Morón Díaz

24 Ibidem

25 Sent. C-616/01. M.P. Rodrigo Escobar Gil

26 ibidem

27 Así mismo, en Sentencia C-791 del 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, esta Corte reiteró que al Legislador, en su tarea de regulación y configuración en materia de seguridad social en salud le asisten límites generales tanto de carácter formal como material que son de la esencia del Estado Social y Constitucional de Derecho y los límites propios de los principios que informan la seguridad social.

28 Sentencia C-623-04, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

29 Así, en Sentencia C-671-02, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, esta Corte estudió los límites a la libertad de configuración del legislador en materia de seguridad social en salud, específicamente en el sistema especial de seguridad social de la Fuerza Pública, frente a la vulneración del principio de igualdad y el derecho a la salud, declarando exequible de manera condicionada la norma demanda en aquella oportunidad.

30 Sentencia C-671-02, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett

31 Sentencia C-1032-06, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

32 Sentencia C-130-02, M.P.: Jaime Araújo Rentería. A este respecto se ha pronunciado esta Corte en las Sentencias C-112-98, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, C-616 del 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, C-331-03, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

33 Sentencia C-130-02, M.P.: Jaime Araújo Rentería

34 Sentencia C-130-02, M.P.: Jaime Araújo Rentería

35 Ver Sentencias C-1040 del 2003, M.P.: Clara Inés Vargas y C-824 del 2004, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

36 Ver también la sentencia SU-480 de 1997. M.P Alejandro Martínez Caballero.

37 Corte Constitucional C-828 de 2001.M.P. Jaime Córdoba Triviño.

38 Corte Constitucional. C-915 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

39 Ver Sentencia C-833 del 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería

40 Sentencia C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, reiterado en la sentencia C-208/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil

41 Sobre el tema de la omisión legislativa relativa pueden consultarse entre numerosas sentencias, las siguientes: C-192 de 2006, C-073 de 2006, C-045 de 2006, C-833 de 2006, C-1230 de 2005, C-061 de 2005, C-800 del 2005, C-509 de 2004, C-809 de 2002, C-185 de 2002, C-427/2000, C-1549/2000, C-1549 de 2001, C-1255 de 2001, C- 675 de 1999, C-146 de 1998 y C-543 de 1996, .

42 Corte Constitucional. Sentencias C-809 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-061 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

43 Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

44 Sentencia C-192 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

45 A este respecto ha dicho esta Corte en Sentencia C-208/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

46 Ver Sentencia C-833 del 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería

47 Ver Sentencia C-208 del 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil

48 Ver las sentencias C-950, C-953, C-957, C-1000, C-1041 y C-1042 todas del 2007, entre otras.

49 Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-322/05, T-1331/05, T-1271/05, T-1249/05.

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

51 Ver Sentencia T-790 del 2007, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

52 Las enfermedades de alto costo han sido definidas mediante la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud.

Fecha y hora de creación: 2026-02-02 00:10:21