

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA INCIDENCIA DE LAS SENTENCIAS
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL SISTEMA DE
SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y EN SALUD**



Bogotá, 2018



**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA INCIDENCIA DE LAS SENTENCIAS DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
EN PENSIONES Y EN SALUD**

Carlos Eduardo Mendoza Leal

FEDESAROLLO

Bogotá D.C.

2018

Tabla de contenido

1.	INTRODUCCIÓN	4
2.	Derecho a la seguridad social	4
3.	Derecho a recibir una pensión.	7
4.	Derecho a la salud.	8
5.	Sostenibilidad fiscal	12
6.	Derechos derivados de la seguridad social.	14
6.1	Dignidad humana	14
6.2	Mínimo vital.....	15
7.	Sobre la importancia del precedente judicial y las reglas jurisprudenciales ..	17
8.	Conflicto de posiciones entre las Altas Cortes o más comúnmente conocido como “Choque de trenes”	19
9.	Metodología que se usará para abordar el estudio de las líneas jurisprudenciales.	22
10.	Temas sobre los que se efectuará el análisis de las líneas jurisprudenciales. 24	
10.1	Determinación de ingreso base de liquidación en pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales:	25
10.2	Cobertura de beneficios no POS sin registro INVIMA.	27
11.	Otros asuntos de alta relevancia en materia de seguridad social por impactar económicamente la sostenibilidad fiscal del Sistema General de Seguridad Social	30
11. 1	Subsidio por incapacidad en eventos de origen común – Extensión temporal a cargo de los seguros previsionales colectivos de invalidez y sobrevivencia:.....	32
11. 2	Pensión de invalidez en eventos de origen común (régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad)- Reconocimiento de prestaciones económicas sin cumplimiento de los requisitos legales:.....	33
	Determinación del régimen aplicable al reconocimiento de la pensión de invalidez en desarrollo de los principios constitucionales de progresividad, favorabilidad y condición más beneficiosa:	33
	Cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas:	35
	Régimen especial contemplado en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley 860 de 2003:.....	36
	Inaplicación del requisito de fidelidad contemplado en las leyes 797 de 2002 y 860 de 2003 inclusive en los casos de estructuración del estado de invalidez registrados entre las fechas de vigencia de tales disposiciones y su declaratoria de inexecutable: ...	37

	<i>Reconocimiento de la pensión de especial de vejez por invalidez contemplada en el párrafo cuarto del artículo 9 de la Ley 797 de 2003:</i>	37
12.	<i>Análisis jurisprudencial</i>	40
	12.1 <i>DETERMINACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN EN PENSIONES CAUSADAS EN EL MARCO DE TRANSICIÓN PARA RÉGIMENES ESPECIALES</i>	40
	<i>NICHO CITACIONAL</i>	40
	<i>DECISIONES JUDICIALES CONTENIDAS EN EL NICHO CITACIONAL</i>	42
	<i>LÍNEA JURISPRUDENCIAL</i>	54
	12.2 <i>COBERTURA DE BENEFICIOS NO POS SIN REGISTRO INVIMA.</i>	56
	<i>NICHO CITACIONAL</i>	56
	<i>ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL</i>	79
	<i>LÍNEA JURISPRUDENCIAL</i>	106
13.	<i>ALGUNAS DECISIONES JURDISPRUDENCIALES, RELEVANTES EN SALUD Y PENSIONES.</i>	109
	13.1 <i>Sentencia Su- 1073 de 2012.</i>	109
	13.2 <i>Sentencia SU- 230 de 2015.</i>	111
	13.3 <i>Sentencia Su- 427 de 2015.</i>	112
	13.4 <i>Sentencia T-062 de 2017.</i>	113
	13.5 <i>Sentencia T- 210 de 2018.</i>	113
14.	<i>Conclusiones y recomendaciones.</i>	114
	14.1 <i>Conclusiones.</i>	114
	14.2 <i>Recomendaciones.</i>	117

1. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar a analizar de manera concreta como las sentencias de la Corte Constitucional repercuten en las finanzas públicas en general y frente a los recursos de la seguridad social en especial, es necesario preciar algunos aspectos, así:

2. Derecho a la seguridad social

La seguridad social en el ordenamiento colombiano tiene una doble naturaleza, por un lado, es considerada un servicio público y por otro lado es catalogada como un derecho de tipo fundamental, al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

“[L]a seguridad social, concebida como un instituto jurídico de naturaleza dual, esto es, que tiene la condición tanto de derecho fundamental, como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado; surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo¹”.

Así pues, cuando se habla de la seguridad social como un servicio público hay que tener en cuenta que su definición y contenido se encuentra en el artículo 48 de la Constitución Política en los siguientes términos:

ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-690 del 11 de setiembre de 2014*. MP: María Victoria Sáchica Méndez.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

(...)

De acuerdo a lo anterior se puede establecer que la seguridad social se caracteriza por: i) Ser un servicio público, ii) Que puede ser prestado bien por el Estado o por los particulares, iii) Siempre debe ser coordinado y controlado por el Estado, iv) Es un derecho irrenunciable, que a su vez universal, puesto que su titularidad se puede predicar de cualquier persona, y, v) Es un derecho de naturaleza prestacional, porque implica que el sistema de seguridad social debe atender cualquier contingencia que se le presente al individuo tanto en el aspecto asistencial como en el económico.

Por otro lado, la seguridad social además de ser un servicio público también es catalogada como un derecho fundamental, en la medida que su contenido es indispensable para el desarrollo pleno del ser humano. Lo cual quiere decir que su fundamento se encuentra soportado en el principio de la dignidad humana y la búsqueda por satisfacer los derechos humanos, pues si a una persona se le presenta alguna contingencia a lo largo de la vida que le obstaculice desarrollar sus actividades laborales o generales, la seguridad social permite que se le garanticen una serie de prestaciones asistenciales y económicas para poder ejercer de manera adecuada sus derechos subjetivos y poder tener un sustento económico para satisfacer sus necesidades.

Asimismo, la seguridad social se ha establecido como un derecho fundamental, toda vez que su protección permite asegurar el cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado y el principio de dignidad humana. Pues a pesar de que antes era catalogado como un derecho fundamental por conexidad con otros derechos como el derecho del trabajo, la vida, la

dignidad humana, entre otros, actualmente la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha reconocido su naturaleza de derecho fundamental autónomo, así:

“La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución²”.

Una vez establecida la naturaleza de la seguridad social, se debe tener presente que dada su importancia no solo se encuentra revestida y protegida por una serie de garantías nacionales, sino que cuenta con un ámbito de protección a nivel internacional, así por ejemplo el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.*

De igual forma, el artículo 9° del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales establece que: *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa (...)”.*

Conforme a lo anterior, se puede concluir que la seguridad social ya sea como servicio público o como derecho fundamental es de vital importancia, porque es un derecho que se caracteriza porque su protección debe ser universal, integral, adecuada e inmediata y además es un derecho complejo porque su contenido implica a su vez un conjunto de derechos, tal como son el derecho a la salud, a la pensión entre otros.

² COLOMBIA. CORTE CONSITUCIONAL. *Sentencia T- 164 del 22 de marzo de 2013*. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3. Derecho a recibir una pensión.

La pensión de vejez en términos generales es una prestación económica que se logra mediante el ahorro forzoso de cotizaciones que se hace al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el cual se efectúa a lo largo de los años. De modo que cuando una persona cumpla con los requisitos legales y además haya realizado las respectivas cotizaciones tendrá derecho a obtener una pensión de vejez.

Así, la pensión de vejez tiene como finalidad garantizar al trabajador una suma pecuniaria digna para sobrellevar su vejez, de allí que la Corte Constitucional haya indicado que:

“ En cuanto a su finalidad, nadie pone en duda que la pensión de vejez tiene por objeto “garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en qué consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez”³”.

De este modo el derecho a la pensión busca remunerar un descanso digno derivado del esfuerzo, trabajo arduo y prolongado durante los años productivos y es por ello que dentro de los componentes o aspectos de la seguridad social se encuentra el reconocimiento y pago del sistema pensional, en aras de brindar una remuneración suficiente para sobrellevar una subsistencia mínima.

Frente a ello la Corte Constitucional ha reconocido la importancia y la finalidad del derecho a acceder a una pensión, así como su estrecha relación con otros derechos fundamentales, a saber:

3 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T- 398 del 2 de julio de 2013*. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

"[L]a Corte ha entendido que el derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su trasgresión compromete la dignidad de su titular, como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas.

"Sostener lo contrario implicaría desconocer evidentes razones de justicia material que llevaron al constituyente a vincular al Estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no sólo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila. Frente a este derecho, el Estado debe actuar con toda energía y prontitud, de manera tal que quienes han adquirido, en virtud de su edad y años de trabajo, una pensión de jubilación o vejez, no se vean, ni siquiera transitoriamente, desprotegidos frente a actos arbitrarios o negligentes del propio Estado o de los particulares que por ley estén obligados a asumir la prestación social⁴".

De lo anterior, se puede deducir que uno de los contenidos más importantes del derecho a la seguridad social es el derecho a la pensión, mediante el cual se busca garantizar el mínimo vital y las necesidades básicas de las personas de la tercera edad, además dicho derecho se entiende como una retribución directa a los esfuerzos laborales realizados a lo largo de la vida, por lo que es deber del Estado garantizar una pensión justa y adecuada que permita materializar los derechos subjetivos de las personas de la tercera edad.

4. Derecho a la salud.

4 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-634 del 26 de junio de 2008. MP: Mauricio González Cuervo.

La salud se caracteriza por tener múltiples definiciones, pues puede ser entendida como un concepto genérico, como un derecho e incluso actualmente es catalogada como un derecho de tipo fundamental. Así pues, la salud como concepto ha cambiado a lo largo de los años, puesto que en un momento inicial se concebía a la salud como “*Un estado en que el ser orgánico humano ejerce normalmente todas sus funciones*”⁵. Sin embargo, posteriormente, la Corte Constitucional señaló que la salud es un concepto mucho más amplio e integral, pues “*incluye no sólo aspectos físicos sino también aspectos psíquicos, emocionales y sociales*”⁶. De modo que al ser un concepto integral debe responder directamente al modelo de estado imperante, es decir al Estado Social de derecho, por lo cual se debe contar con las condiciones necesarias para garantizarles la salud integral a todos los individuos en términos de eficacia y universalidad.

En cuanto a la arista de la salud como derecho, es necesario comprender que no siempre fue catalogado como tal, sino que solo fue hasta la expedición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se consagró como derecho. Asimismo, se puede observar que en otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966 estableció el derecho a la salud como un derecho humano caracterizado por: i) Su disponibilidad, en el sentido de que cada Estado parte de los instrumentos internacionales debe contar con los establecimientos, bienes y servicios necesarios para prestar el servicio de salud, ii) Accesibilidad, pues todos deben tener acceso a los establecimientos prestadores del servicio, lo cual implica que no exista discriminación, que haya accesibilidad física, económica y de información, iii) aceptabilidad, en la medida que los establecimientos prestadores del servicio de salud deben ser comprometidos con la ética médica y respetuosos con la diversidad cultural y iv) calidad, ya que los establecimientos deben cumplir con estándares de calidad.

Por último, en lo que se refiere a la salud como derecho fundamental, hay que tener en cuenta que su evolución ha sido bastante dinámica, a saber:

5 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-341 de 1994 MP: Carlos Gaviria Díaz. Pág. 9.

6 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-307 de 2006 MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

- A. En un primer periodo, se entendía el derecho a la salud como un derecho protegido por conexidad con el derecho a la vida, puesto que según los primeros pronunciamientos de la Corte en 1992, los derechos fundamentales por conexidad *“son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida”*⁷.

Conforme a lo anterior, es claro que la primera posición de la Corte Constitucional con respecto al derecho a la salud se centraba en concebir que dentro de las características de la salud se encontraba su carácter de inherente a la existencia de todo ser humano, por lo que debía ser garantizado a toda persona independientemente de su condición económica, física o mental y se decía especialmente que este derecho buscaba el aseguramiento del derecho fundamental de la vida e imponía un deber al Gobierno y al legislador de priorizarlo con el fin de alcanzar su efectividad.

- B. En un segundo periodo, comprendido entre el 2008 hasta la actualidad se caracteriza por concebir el derecho a la salud como un derecho fundamental, en este sentido la Corte Constitucional ha reconocido que *“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea*

7 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-571 de 1992 MP: Jaime Sanín Greiffenstein.

*efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”*⁸. Respecto de esta última vía de protección se ha planteado que su fundamentalidad radica en que se trata de un derecho complejo, debido a su concepción y a las obligaciones que se desprenden de este derecho, pues el Estado debe brindar una garantía plena para el goce efectivo de la salud y debe contar con recursos materiales e institucionales adecuados.

Adicionalmente la Corte Constitucional recalca el carácter de derecho fundamental, bajo la idea de que se trata de un derecho subjetivo de aplicación inmediata, además de ser inalienable a la condición humana, por ende, un derecho fundamental no lo es por el simple hecho de constar de manera expresa en la Carta Constitucional, sino por sus características esenciales.

A pesar de que la salud ya era considerada un derecho fundamental, de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el legislador a través de la Ley 1751m de 2015, positivizó tal posición en los siguientes términos:

Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

8 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-760 de 2008 MP: Manuel Cepeda Espinosa.

Finalmente, se debe tener en cuenta que considerar a la salud como un derecho fundamental, implica que puede ser protegida vía acción de tutela, por ello el sistema general de seguridad social en salud ha sido un tema objeto de múltiples pronunciamientos judiciales en pro de garantizar la efectividad del derecho a la salud, de modo que la proliferación de jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional implica una afectación importante a la financiación del sistema y a su estructura, tema que será analizado a profundizar posteriormente en este documento.

5. Sostenibilidad fiscal

El principio de la sostenibilidad fiscal fue introducido en el Acto Legislativo 03 de 2011, como un criterio orientador dirigido a todos los órganos del poder público, cuya finalidad es garantizar de manera efectiva y sostenible económicamente los derechos establecidos constitucionalmente.

Es decir que la sostenibilidad fiscal “[S]urge como un mecanismo de control fiscal que garantiza la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuye a la estabilidad macroeconómica del país, a través de la racionalización del gasto público y de los recursos públicos, a partir de la evaluación de criterios como la rentabilidad, sostenibilidad y conveniencia, promoviendo así la prevalencia- en términos económicos - del interés general sobre el particular en un contexto de sostenibilidad de las finanzas públicas⁹”.

Conforme a lo anterior, se puede deducir que una situación sostenible es cuando los ingresos son plenamente suficientes para asumir económicamente los programas de gastos, sin que ello implique que se estén comprometiendo otras metas o rubros de la Política Económica Nacional.

En cuanto a la importancia de la sostenibilidad fiscal, se debe precisar que la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 03 del 2011 tiene una relación directa con el compromiso del Estado Colombiano de cumplir los lineamientos básicos del principio

⁹ DÍAZ Aguilera, Jorge. *Tesis: Límites y alcances del principio de sostenibilidad fiscal en el estado social de derecho*. Universidad Militar Nueva Granada. Colombia-Bogotá- 2014.

de progresividad en la atención y garantía de los derechos fundamentales de contenido económico, social y cultural previstos en los siguientes instrumentos internacionales: i) La Convención Americana de Derechos Humanos, ii) El Protocolo de San Salvador y iii) El Pacto de Nueva York.¹⁰, por lo tanto, es claro que el Estado colombiano a la luz de la Constitución Política de 1991 debe tener en cuenta que su intervención en la economía debe ceñirse al criterio orientador la sostenibilidad fiscal.

Dentro de las herramientas para racionalizar los gastos públicos y lograr una sostenibilidad fiscal, el Acto Legislativo 03 de 2011 crea el incidente de impacto fiscal, que luego es desarrollado por la Ley 1695 de 2013, como una herramienta para controlar el impacto económico que puede conllevar los pronunciamientos judiciales de las altas cortes.

Así pues, en su artículo 2 de la Ley 1695 se señala que: “El incidente de impacto fiscal procederá respecto de todas las sentencias o los autos que se profieran con posterioridad a la misma, por las máximas corporaciones judiciales, cuando se altere la sostenibilidad fiscal.” Conforme a lo anterior, se debe entender que dicha figura procederá también frente las acciones constitucionales, tal y como es el caso de la acción de tutela”.

En relación con su funcionamiento, el incidente de impacto fiscal podrá ser propuesto por el Procurador General de la Nación o uno de los ministros del gobierno. Asimismo, tendrá la competencia para conocer y resolver dicho incidente la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional- Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que haga parte el magistrado que profirió la decisión.¹¹

De lo anterior, se puede concluir que el incidente de impacto fiscal tiene como finalidad fortalecer y hacer efectivo el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal, toda vez que

10 VEGA Rosas Gabriel, VEGA Plazas Mauricio, CASTRO Bernal Sergio. *Sostenibilidad y Regla Fiscal Aspectos Jurídicos y Económicos. Capítulo I: Sostenibilidad Fiscal – Sección I Aspectos Jurídicos*. Bogotá-Colombia. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Agosto de 2013. Pág. 25

11 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1695 (17 de diciembre del 2013). Diario Oficial 49007 Art. 3

busca la racionalización del gasto público y el equilibrio económico en materia de los pronunciamientos judiciales.

6. Derechos derivados de la seguridad social.

La seguridad social tal y como se dijo previamente es un derecho complejo, toda vez que de su contenido se pueden derivar una serie de derechos y garantías constitucionales dentro de los cuales cabe destacar, el principio o derecho de la dignidad humana y el derecho al mínimo vital.

6.1 Dignidad humana

La dignidad humana en términos generales se refiere a un valor inherente al ser humano que le permite mantener unas condiciones materiales mínimas de subsistencia digna, sin embargo, la dignidad humana es un concepto mucho más amplio, ya que cuenta con tres aristas tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“(i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura¹²”.

La dignidad humana además de tener múltiples definiciones también tiene una triple naturaleza jurídica, pues es considerada como un principio del ordenamiento jurídico, como principio constitucional y como un derecho fundamental autónomo, frente a esta última naturaleza la Corte Constitucional ha establecido que:

“[C]omo derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición

12 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T- 291 del 2 de junio de 2016*. MP: Alberto Rojas Ríos.

humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado¹³”.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que la dignidad humana guarda una estrecha relación con el derecho a la seguridad social, ya que esta última busca brindar un conjunto de medidas para proteger a los individuos frente a los riesgos o contingencias que se le puedan presentar a lo largo de sus vidas, en orden a generar recursos que sean suficientes para tener una subsistencia acorde a la dignidad humana. En los que se refiere a esta relación la Corte Constitucional ha indicado que:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos¹⁴”.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que la dignidad humana en sus múltiples acepciones se relaciona íntimamente con el derecho a la seguridad social, por cuanto la dignidad humana es un pilar de esta y es un parámetro de obligatorio cumplimiento a la hora de prestar todos los servicios que se derivan de la seguridad social.

6.2 Mínimo vital

13 *Ibíd.*

14 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C- 1141 del 19 de noviembre de 2008*. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

El mínimo vital se refiere a un derecho fundamental que implica que los ingresos del trabajador o del pensionado sean suficientes y dignos para satisfacer sus necesidades básicas, tales como la salud, los servicios públicos, alimentación y vivienda.

De este mismo modo en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) reconocen que toda persona debe contar con unas condiciones económicas mínimas que garanticen la existencia digna de las personas y de sus familias.

De lo anterior, se puede deducir que el mínimo vital implica: i) acceso a condiciones mínimas de existencia y ii) Que los ingresos mínimos, los cuales van a depender del nivel de vida y el caso particular de cada persona.

En cuanto al objeto del derecho al mínimo vital se caracteriza porque adoptar todas las medidas positivas y negativas con el fin de evitar cualquier afectación a la dignidad humana o cualquier afectación a las condiciones materiales mínimas de existencia digna, es por ello que la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos ha ordenado en aras de proteger el mínimo vital reconocer prestaciones a favor de las personas en estado de vulnerabilidad, un claro ejemplo es cuando a un pensionado se le retrasa el pago de sus mesadas pensionales, siendo su único sustento económico.

Finalmente, hay que tener en cuenta que dadas las características del mínimo vital es inevitable su relación con el derecho de seguridad social en términos generales y con el derecho a la pensión en términos específicos. Así pues, en el caso de las personas de tercera edad la Corte Constitucional ha establecido que:

“La situación de las personas de la tercera edad frente a la afectación al mínimo vital es especialmente relevante, pues en muchos casos su único ingreso consiste en la pensión que perciben luego de su retiro de la fuerza laboral, de manera que la afectación que se produzca sobre ella tiene, generalmente, un hondo impacto en las condiciones de vida del pensionado. Es así como la

jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho al mínimo vital de los pensionados “resulta afectado por el retraso injustificado, la falta o pago parcial de la asignación de retiro o mesada pensional. De tal suerte que el nexo inescindible entre el derecho a la seguridad social y el derecho fundamental al mínimo vital, cobra mayor fuerza tratándose de adultos mayores, incluyendo al personal que integra la Fuerza Pública, cuya asignación de retiro se equipara al concepto de pensión de vejez y jubilación, las cuales gozan de una protección especial por parte del Estado¹⁵”.

Así pues, se puede deducir que el mínimo vital es un derecho de una gran importancia que se relaciona con la seguridad social, toda vez que no es dable que se afecten los ingresos mínimos de las personas y más aún cuando son su único sustento, ya que de lo contrario implicaría una afectación a la dignidad humana como condición inherente al ser humano.

7. Sobre la importancia del precedente judicial y las reglas jurisprudenciales

Con el transcurso del tiempo las fuentes del derecho se han ido ampliando y hoy por hoy en ordenamientos jurídicos como el colombiano el precedente y las reglas jurisprudenciales han cobrado gran importancia, puesto que se constituyen en el parámetro orientador para que el operador jurídico resuelva el respectivo caso.

Por lo tanto, resulta necesario recordar que el precedente “*Es la decisión o conjunto de decisiones que sirven de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido¹⁶*”, es decir que el precedente constituye una guía dirigida al juez para que en caso de que se presente ciertos supuestos fácticos o jurídicos decida teniendo en cuenta el fundamento directo de la

15 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T- 581 A- del 16 de febrero de 2011*. MP: Mauricio González Cuervo.

16 Disponible en:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/8453619/8471093/L+J++i++precedente.pdf/3d411cc8-5980-4740-bed9-ee046888b622>

decisión derivada del precedente. Así pues, se deduce que la característica principal del precedente es su obligatoriedad, frente a lo cual la Corte Constitucional ha establecido la obligatoriedad del precedente en materia de constitucionalidad y de tutela en los siguientes términos:

“Al respecto, en la sentencia C-104 de 1993 la Corte se pronuncia sobre las diferencias entre las sentencias de los demás tribunales y las decisiones de constitucionalidad, estableciendo que aquellas encargadas a la Corte Constitucional tenían naturaleza erga omnes y además, no constituían un criterio auxiliar de interpretación sino que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”.

“En cuanto a las Sentencias de tutela, los pronunciamientos sobre la obligatoriedad del precedente se dan a partir del año 1995, con las sentencias T-123 y T-260 de ese año. En la primera la Corte se refirió a que las sentencias “sirven como criterio que auxiliar de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de la igualdad”

(...)

“En la sentencia T-439 de 2000, la Corte precisó que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio decidendi, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma¹⁷”.

Conforme a lo anterior, es claro que el precedente como regla de derecho impide que los jueces se aparten de tales reglas, salvo que se verifique la existencia de hechos que hagan inaplicable el respectivo precedente y justifiquen de manera razonada su distanciamiento, ya que de lo contrario se atentaría contra la seguridad jurídica y la igualdad que se pretende proteger.

En conclusión, dada la importancia de las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional en la presente investigación se analizarán por un lado, las reglas

17 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 395 del 22 de junio de 2017. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

jurisprudenciales en materia de la determinación del ingreso base de liquidación en pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales y por el otro lado, se analizarán las reglas derivadas de la Cobertura de los beneficios no POS.

8. Conflicto de posiciones entre las Altas Cortes o más comúnmente conocido como “Choque de trenes”

El denominado “*choque de trenes*” se refiere a los conflictos institucionales que se pueden presentar entre las Altas Cortes por interpretaciones disimiles frente a un problema jurídico concreto.

Así pues, esta figura se presenta en ciertos casos de interpretaciones opuestas surgidas entre el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Lo cual se debe principalmente a la posición orgánica que ocupan ambas cortes, así como a las competencias privativas y exclusivas que la misma Constitución Política de 1991 les ha conferido, a saber:

ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

(...)

ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

De lo anterior se puede deducir que, por una parte, la Corte Constitucional es la encargada de preservar y garantizar la guarda de la Constitución Política, por ello, sus decisiones en

materia de control constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales y administrativas. Y, por otra parte, en lo que respecta al Consejo de Estado se entiende que es el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por ende es quién establece los lineamientos de interpretación en materia administrativa.

A pesar de parecer sencilla la delimitación de competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, lo cierto es que los problemas jurídicos son pluridimensionales, puesto que hay asuntos administrativos que tienen un trasfondo o incidencia constitucional y más si se tiene en cuenta que actualmente hay una constitucionalización del derecho. En este mismo sentido lo ha reconocido la doctrina en los siguientes términos:

“... [E]s difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional, de ahí que sea imposible una concepción “topográfica” que permita escindir claramente las fronteras del Derecho. De hecho, hoy, todo operador jurídico cuando aplica una ley debe preguntarse si la mejor respuesta legal, es, asimismo, la mejor respuesta constitucional¹⁸”.

Adicionalmente, el problema del “*Choque de trenes*” se hace más tangible si se tiene en cuenta que el sistema de fuentes del derecho ha venido cambiando y los pronunciamientos de los jueces que se convierten en precedente constituyen una gran importancia, puesto que determinan y establecen las reglas de obligatorio cumplimiento para solucionar un problema jurídico concreto. Así pues, en materia del precedente constitucional, la Corte Constitucional en su sentencia C- 085 de 1995 dispuso que:

“[E]l juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto genera lo que se denomina doctrina constitucional la que, por su naturaleza, tiene fuerza vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma”.

Un claro ejemplo del conflicto de posiciones entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado ha sido frente al tema de la interpretación del régimen de transición pensional y lo

18 AGUDELO Osorio, Julián David. Tesis: *Choque de trenes: tutela contra sentencias, concepciones del derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad de Antioquia. Facultad de derecho y ciencias políticas.

que tiene que ver con el Ingreso Base de Liquidación, En este sentido, las posiciones de ambas Cortes han sido las siguientes:

- Corte Constitucional:

En cuanto al régimen aplicable al IBL, en la sentencia C-258-13, la Corte Constitucional consideró, que el ingreso base de liquidación (IBL), no es parte de lo regulado por el régimen de transición, sino que se debe regir por los artículos 21 y 36 del inciso tercero de la Ley 100 de 1993, y por ende se tendrán como factores de liquidación los ingresos recibidos efectivamente, los cuales deben ser de carácter remuneratorio.

En cuanto a la forma de liquidación la sentencia SU-230-2015 fruto de una acción de tutela interpuesta por un ciudadano contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A, por considerar que sus derechos fundamentales se habían violentado, toda vez que al liquidar su pensión (regulada por la Ley 33 de 1985) no se tuvo en cuenta el salario que sirvió de base a los aportes del último año, sino al promedio de los cotizados durante los últimos 10 años. Frente a ello la Corte consideró que la pensión se debe liquidar con base en el promedio de los salarios sobre los cuales se cotizo durante los últimos 10 años o en el tiempo que le hace falta para adquirir la pensión si esté fuere mayor¹⁹.

- Consejo de Estado:

La posición de esta corporación se circunscribe a que la pensión de jubilación se debe liquidar teniendo en cuenta el 75% de lo percibido durante en el último año de servicios, incluyendo la asignación básica, bonificación por servicios, prima técnica, y doceavas partes de la prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad²⁰.

La anterior posición también se utilizó en el siguiente caso

“La señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón, ejerció medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra las resoluciones UGM042539 del 12 de abril de 2012, y 058719 del 20 de noviembre de 2012, en aras de obtener la nulidad parcial de las mismas y como consecuencia, la

19 Disponible: https://www.ugpp.gov.co/doc_view/5241-05052017-ponencia-230

20 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. *Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado. 2006-07509 (0112-2009)*, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

reliquidación de la pensión, conforme a los artículos 2 y 3 de la ley 33 de 1985, con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales, como: “asignación básica mensual, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, y prima técnica,” percibidos en el periodo comprendido entre (el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008) ²¹”.

9. Metodología que se usará para abordar el estudio de las líneas jurisprudenciales.

La metodología que se empleará es la propuesta por el doctrinante Diego López Medina, la cual consiste en “*La construcción de líneas jurisprudenciales, donde el operador de justicia va a señalar el recorrido de determinadas decisiones de la Corte Constitucional sobre un problema jurídico planteado, a través de un seguimiento lógico realizado sobre eventuales pronunciamiento*”²². Con el propósito de poder observar las variaciones en las posiciones frente a un mismo problema jurídico y así poder concluir respecto de la regla jurídica de obligatoria observancia en el ordenamiento jurídico interno.

Dicha metodología tiene como eje central el planteamiento de un problema jurídico relacionado con los derechos en cuestión y la situación fáctica, de tal modo que a partir de allí se pueda proseguir al desarrollo de la línea jurisprudencial.

Una vez establecido el problema jurídico se debe identificar tres tipos de sentencia, a saber:

En dicho caso el Consejo de estado decidió de acuerdo a su posición y por ende inaplicó la posición de la Corte Constitucional, de modo que los argumentos de tal decisión fueron los siguientes:

21 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, *Sentencia del 9 de febrero de 2017 Rad: 25000-23-42-000- 2013-01541-0*. CP: César Palomino Cortés.

22 RINCÓN Almeyda, Ariel Fernando. RUEDA Suárez Robinson. *Análisis socio jurídico de la aplicación judicial del precedente jurisprudencial por parte de los jueces del circuito de Bucaramanga en acciones de tutela referentes al derecho a la salud*”. Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga- 2006.

- A. “El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo²³”.
- B. “Aplicarse de tajo la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en las pensiones amparadas por regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad, y favorabilidad, compromete los derechos fundamentales del pensionado²⁴”.
- C. Aceptar la posición de la Corte Constitucional implicaría generar un trato desigual respecto de las personas que obtuvieron su pensión antes del establecimiento de la posición de la Corte Constitucional en las sentencias C- 258/13 y SU- 230 /15.

1. Sentencia fundadora: Hace referencia a los fallos judiciales más antiguos proferido por la Corte Constitucional sobre el problema jurídico en cuestión.
2. Sentencia hito: Es aquel o aquellos pronunciamientos de la Corte Constitucional que establece la interpretación de una norma constitucional en una determinada situación o lo que en palabras de Diego López son las que constituyen la denominada subregla de derecho.
3. Sentencias confirmadoras de los principios: Son aquellos pronunciamientos que se caracterizan por aplicar a un nuevo caso la subregla de derecho establecida en la sentencia hito

Así pues, para efectos de identificar las sentencias previamente establecidas será necesario seguir los siguientes pasos:

23Ibídem.

24 Ibídem.

1. *Punto arquimédico*: Es importante porque ayuda a identificar la sentencia hito de la línea, ya que se debe discernir sobre el tema que tratan las sentencias y que tengan una relación directa con el problema jurídico planteado.
2. Analizar la “*estructura Citacional*”: Donde se deben observar las citas que tiene la sentencia arquimédica.
3. Formar un “*nicho citacional*” escogiendo las sentencias útiles y que respondan al problema jurídico.
4. Analizar el “*nicho citacional*”.

Conforme a lo anterior, se considera útil el estudio de la jurisprudencia a través de la metodología previamente establecida, toda vez que: i) Permite distinguir las reglas que surgen de las líneas jurisprudenciales, y que conllevan una extensión de los derechos; ii) Permite identificar las sentencias que son solucionadas teniendo en cuenta la regla jurídica identificada, y iii) Permite descartar aquellas sentencias que al no relacionarse íntimamente con la línea no se les puede aplicar la regla jurídica específica.

En este sentido, es dable concluir que esta metodología resulta adecuada para el presente trabajo toda vez que va a permitir identificar las sentencias tanto relevantes como irrelevantes en temas puntuales de seguridad social en pensiones y en salud, para luego poder identificar las reglas de las líneas jurisprudenciales específicas y finalmente poder hacer un análisis económico del gasto público que implica la extensión de derechos derivada de las reglas jurisprudenciales identificadas.

10. Temas sobre los que se efectuará el análisis de las líneas jurisprudenciales.

Los temas pensionales y de salud son bastante amplios e incluso han sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, sin embargo para efectos de la presente investigación y con el ánimo de ejemplarizar y mostrar los problemas existentes en dichas materias con los pronunciamientos de la Corte Constitucional cuando de garantizar derechos fundamentales se trata, se plantearán dos líneas jurisprudenciales con su estructura completa:

10.1 *Determinación de ingreso base de liquidación en pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales:*

Si bien antes de la Constitución Política de 1991 el Estado colombiano no contaba con un sistema integral de pensiones, toda vez que existían diversos regímenes de pensión, y sólo fue hasta la Ley 100 de 1993 que se estableció un sistema integral y se quiso acabar con los regímenes especiales.

Sin embargo, a pesar de la creación del sistema integral, la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 estableció un régimen de transición para aquellos afiliados que estuvieran próximos a obtener su pensión, consistente en mantener unos beneficios ultractivos de los requisitos de edad, monto y número de semanas o tiempo de servicio del régimen al cual estaban vinculados antes de que entrará en vigencia la Ley 100 de 1993.

Lo cual quiere decir que a través de dicho régimen de transición se permite que lo que tiene que ver con la edad para consolidar el derecho y las semanas cotizadas o el tiempo de servicio se rija por la normativa del régimen anterior al cual estaba afiliado el cotizante al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando el afiliado cumpliera con los requisitos establecidos en el artículo 36.

La problemática radica en que lo que tiene que ver con el monto de las pensiones y su conformación, puesto que el criterio no ha sido uniforme en cuanto a la aplicación de la Ley 100, sobretodo en lo que tiene que ver con pensiones públicas, ya que algunos consideran que el tema del monto de la pensión se debe regir por el régimen anterior. Frente a ello la Corte Constitucional en la Sentencia SU-210 de 2017 estableció que:

“[I]nicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3° del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión. No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto

en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicio²⁵”.

En este sentido, la escogencia de este tema para efectos de la construcción de la línea jurisprudencial radica en la posibles consecuencias o implicaciones que se puedan generar en materia del gasto público el hecho de que el ingreso base de cotización de la liquidación pensional de los trabajadores beneficiarios del régimen de transición, corresponda al señalado en el régimen especial aplicable a su caso particular.

Puesto que, sí el ingreso base de cotización se rige por el régimen especial y no por el trazado en la Ley 100 de 1993 se pueden presentar situaciones de abuso del derecho o fraude a la ley, por utilizar a su favor una interpretación amañada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, generando así una interpretación contraria a la Constitución Política. Esto ocurre por ejemplo en el caso planteado en la sentencia SU- 427 DE 2016, según la cual:

“cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral”.

Lo anterior tiene grandes consecuencias económica en materia fiscal pues si el Estado debe cobijar el monto de pensión de aquellos cotizantes que de forma abrupta burlaron la interpretación de la ley para generar un beneficio a su favor, ello implicaría que el Estado tenga la carga de asumir el pago de una prestación muy alta y completamente desarticulada de la cotización real del afiliado durante su vida laboral. De esta manera cabe resaltar que *“(…) [L]os casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales “se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las*

25 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 210 del 22 de junio de 2017. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)*²⁶.

En este mismo sentido, cuando el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones debe reconocer y pagar una pensión de vejez obtenida de acuerdo a una interpretación ventajosa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello puede traer consecuencias económicas adversas para la sostenibilidad fiscal del Estado colombiano, puesto que se estaría asumiendo pensiones que no corresponden directamente con lo que el afiliado realmente cotizó al sistema, sobre todo si se tiene en cuenta que el legislador de 1993 no previó dicha ventaja, sino que solo fijó la ventaja en materia de los requisitos de edad, tiempo de servicio o cotizaciones, excluyendo así el tema relativo al ingreso base de cotización.

Se puede concluir que los desajustes económicos producto de los beneficios no previstos por el legislador traen consigo implicaciones negativas en el equilibrio de la finanzas públicas, ya que generan una enorme carga financiera en cabeza del Sistema General de Seguridad Social en salud, lo cual a largo plazo se torna insostenible y genera un déficit en su forma de financiación.

Por lo anterior, en el presente trabajo se pretende analizar la siguiente línea jurisprudencial en esta materia:

T-860/12							
T-430/11	T-180/08	T-251/07	T-158/06	T-292/06	T-751/02	T-631/02	T-189/01

10.2 Cobertura de beneficios no POS sin registro INVIMA.

La importancia de este tema radica en que la protección al derecho fundamental a la salud se ha venido ampliando e incluso se ha admitido vía acción de tutela exigirle al Sistema General de Seguridad Social en Salud que suministre medicamentos que no cuentan con el registro

26 Disponible en :<https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/laboral-y-seguridad-social/el-regimen-de-transicion-pensional-excluye-el-ingreso>

sanitario del INVIMA, siempre y cuando dichos medicamentos o tratamientos estén acreditados en la comunidad científica y se cumplan con los demás requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional.

Es decir que la Corte Constitucional ha aceptado la procedencia de la acción de tutela para cubrir aquellos medicamentos que a pesar de que no cuentan con la acreditación por parte de la autoridad competente si cuentan con respaldoado por la comunidad científica respecto de su idoneidad y eficacia. De modo que no le es dable a la EPS negar el reconocimiento de dichos medicamentos por el simple argumento de no figurar en el registro del INVIMA.

Así pues, las órdenes prescritas por el médico tratante adquieren una importancia trascendente, puesto que dicha decisión del médico se funda en un criterio científico que hace que el medicamento o tratamiento pueda ser obtenido por medio de la acción de tutela²⁷.

Bajo este contexto, el reconocimiento de medicamentos no incluidos en el POS y no registrados en el INVIMA puede generar consecuencias económicas negativas, pues no es dable que el Sistema de Seguridad Social en Salud destine recursos públicos en medicamentos y tratamientos que no se encuentren certificados o registrados por el INVIMA. Por ello, el ministro de Salud ha manifestado que:

“(…) Este hecho pone de nuevo al descubierto la supuesta poca racionalidad que están teniendo algunos jueces, magistrados y médicos a la hora de formular medicamentos o insumos. Con el fallo se abre la puerta para que cualquier medicamento pueda ser prescrito y entregado a los pacientes.

“El problema radica no sólo en el hecho de que estas decisiones van con el tiempo a quebrar al sistema de salud, sino que van a crear un modelo muy inequitativo... Se requiere que haya una mayor pedagogía y un acuerdo para que jueces y médicos entiendan que debe haber límites²⁸”.

27 Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/eps-pueden-negar-medicamento-por-no-contar-con>

28 Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/medicamentos-sin-registro-invima-podran-ser-recetados/417725-3>

De lo anterior se puede deducir que el activismo judicial en materia de protección a la salud por conceder medicamentos no incluidos en el POS y no registrado en el INVIMA, genera grandes repercusiones en la sostenibilidad fiscal, puesto que de esa manera se destiende la forma de aseguramiento y financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así lo ha reconocido la doctrina cuando establece que:

“Cuando se reclama un siniestro por fuera de la cobertura que proporciona e POS, ni la reserva ni el patrimonio técnico del SGSSS-esto es el FOSYGA- están destinados a cubrir esas enfermedades, por lo que los usuarios recurren a las acciones de tutela para que los jueces constitucionales protejan sus derechos fundamentales, incluso con costo de desatender sus derechos fundamentales, incluso con l costo de desatender la forma de aseguramiento

(...)

“No obstante, la desviación de recursos que se ordena desde una sentencia de tutela no solo desnaturaliza el sistema de aseguramiento de la Ley 100 de 1993, sino que también tiene repercusiones fiscales gravosas, que se reflejan en el hecho de que los gastos adicionales generados por las sentencias en salud equivalen en promedio a 1% del Producto Interno Bruto (PIB) de salud. Este porcentaje parece insustancial en términos abstractos, pero esa simple unidad es representación de una mayor precisión fiscal para toda la sociedad, afirmación que se basa en que los recursos de los que deliberadamente dispone el juez a partir de sus razonamientos legales, son la acumulación de una porción de una partida presupuestal para la salud, proveniente del Sistema General de Participaciones (SGP), una proporción de las cotizaciones que hacen los aliados al régimen contributivo, la Unidad de Pago por Capitación (UPC) que pagan las EPS y el recaudo hecho por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)²⁹”.

Finalmente, es necesario establecer que la línea jurisprudencial que se pretende analizar en torno a esta temática es la siguiente:

T-001/18			
T-513/17	T-313/15	T-243/15	T-027/15

29 PLAZAS Gómez, Clara Viviana, MORENO GUZMÁN, Diego Mauricio. *Impacto económico de las acciones de tutela en salud en Colombia*. Universitas, núm 135, julio-diciembre, 2017. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá-Colombia.

11. Otros asuntos de alta relevancia en materia de seguridad social por impactar económicamente la sostenibilidad fiscal del Sistema General de Seguridad Social

En el presente documento se analizarán las líneas jurisprudenciales previamente establecidas, sin embargo, en materia de seguridad social existen diversos temas que impactan gravemente la sostenibilidad fiscal y las finanzas públicas, dentro de los cuales cabe destacar las siguientes líneas jurisprudenciales:

1. Subsidio por incapacidad en eventos de origen común- Extensión temporal a cargo de los seguros previsionales colectivos de invalidez y sobrevivencia.
2. Pensión de invalidez en eventos de origen común (régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad)- Reconocimiento de prestaciones económicas sin cumplimiento de los requisitos legales.
 - 2.1. Determinación del régimen aplicable al reconocimiento de la pensión de invalidez en desarrollo de los principios constitucionales de progresividad, favorabilidad y condición más beneficiosa
 - 2.2. Cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas
 - 2.3. Régimen especial contemplado en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.
 - 2.4. Inaplicación del requisito de fidelidad contemplado en las Leyes 797 de 2002 y 860 de 2003 inclusive en los casos de estructuración del estado de invalidez registrados entre las fechas de vigencia de tales disposiciones y su declaratoria de inexecutable
 - 2.5. Reconocimiento de la pensión especial de vejez por invalidez contemplada en el párrafo cuarto del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Tales líneas jurisprudenciales no serán analizadas a profundidad en el presente documento, puesto que ya fueron estudiadas y desarrolladas en un documento llevado a cabo en el seno de una investigación para FEDESARROLLO, en el año 2017.³⁰ Sin embargo cabe precisar con base en el precitado “*Estudio en materia de seguro previsional, calificación de invalidez, pago de incapacidades y empleo de personas discapacitadas*”, lo siguiente:

Una de las principales causas que han generado efectos en las finanzas públicas en materia de seguridad social, así como en lo relativo a los sistemas de seguridad social y al seguro previsional, ha sido el crecimiento del reconocimiento y pago de incapacidades e invalidez derivado de la jurisprudencia proferida especialmente por la Corte constitucional, cuando de proteger derechos fundamentales se trata.

Toda vez que la Corte Constitucional al momento de proteger derechos fundamentales en materia de incapacidad (enfermedad) e invalidez (pérdida de capacidad laboral) sobrepasa la regulación contenida en la ley y la norma reglamentaria, fundamentando sus decisiones en preceptos constitucionales, en normas internacionales e incluso en su misma jurisprudencia que desde el año 1991 viene profiriendo. En este sentido existe un riesgo jurídico, pues ir más allá de lo previsto por la ley y las normas reglamentarias, puede generar una gran incertidumbre en materia de los requisitos que deben cumplir las personas para acceder a las distintas prestaciones y ello a su vez puede traer como consecuencia implicaciones económicas en las finanzas públicas y en la estructura del sistema.

En el documento de FEDESARROLLO, se analizaron diferentes sentencias agrupadas en líneas jurisprudenciales, especialmente originadas en acciones de tutela y excepcionalmente en sentencias de constitucionalidad caracterizadas por trascender la normatividad vigente, en pro de garantizar los derechos humanos- fundamentales y en contravía de la estabilidad de las finanzas públicas y de las finanzas de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social.

30 FEDESARROLLO, “Estudio en materia de seguro previsional, calificación de invalidez, pago de incapacidades y empleo de personas discapacitadas.” Bogotá D.C.- Colombia, 2017.

Un claro ejemplo de lo anterior es el tema relativo a la protección especial por causa de la disminución física, psíquica o sensorial denominada “*estabilidad laboral reforzada*” de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y su desarrollo por vía jurisprudencial, en particular el abordado a través de la acción de tutela, ya que ha generado una significativa ampliación del espectro de protección originalmente dispuesto por la normatividad, haciendo extensivos los criterios de amparo a toda situación que se encuentre mediada por eventos de restricción en el estado de salud que afecten el normal desempeño de las actividades productivas ordinarias, se cuente o no con un sustento objetivo de calificación del estado de invalidez.

Precisa el estudio prenombrado que desde el punto de vista de las finanzas públicas las extensiones de los derechos concedidos por vía de la jurisprudencia afectan directamente a Colpensiones y a Positiva, empresas de naturaleza gubernamental, así como también a las administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) a las compañías de seguros y a las Administradoras de Riesgos Laborales, privadas. Puesto que, “[U]na vez agotadas las reservas de Colpensiones -que ya se encuentra en una etapa de garantía- y los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima (FGPM), los mayores costos tendrán que ser asumidos por el Estado en su condición de garante. Esto exacerba la insostenibilidad del Sistema, el cual ya adolece de serios problemas estructurales.”³¹

Al igual que el anterior ejemplo en materia de seguridad social existe otros asuntos que traen implicaciones económicas por lo que, a pesar de no ser el objeto propio del presente documento, a continuación, se hará una breve explicación de algunos temas de gran impacto económicos que fueron abordados en el estudio realizado en el 2017 para FEDESARROLLO:

11.1 Subsidio por incapacidad en eventos de origen común – Extensión temporal a cargo de los seguros previsionales colectivos de invalidez y sobrevivencia:

El problema jurídico se estableció en los siguientes términos ¿Los Derechos Fundamentales de un afiliado afectado por incapacidades generadas en evento de origen común superiores a 180 días, resultan vulnerados cuando la AFP a la que se encuentra vinculado se niega a

31 *Ibidem*.

efectuar el reconocimiento económico por el tiempo que sea requerido hasta la definición de su reintegro laboral o su pensión de invalidez con fundamento en lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012?

Problema frente al cual la Corte Constitucional dispuso la siguiente regla de decisión:

Los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado y no haya alcanzado el porcentaje de pensión de invalidez, cuando éste siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar. Por lo anterior, el pago de estas incapacidades deberá continuarse después de transcurridos los 180 días iniciales hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%³²

De modo, que ante la falta de regulación legal expresa del tema la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos ha establecido una extensión de la obligación a cargo de las Administradoras de Fondos de pensiones de reconocer y otorgar a partir del día ciento ochenta y uno (181) de incapacidad y hasta tanto se obtenga la rehabilitación del afiliado o el reconocimiento de su pensión de invalidez.

11. 2 Pensión de invalidez en eventos de origen común (régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad)- Reconocimiento de prestaciones económicas sin cumplimiento de los requisitos legales:

Determinación del régimen aplicable al reconocimiento de la pensión de invalidez en desarrollo de los principios constitucionales de progresividad, favorabilidad y condición más beneficiosa:

Se estableció como problema jurídico el siguiente:

¿Los Derechos Fundamentales de un afiliado que presenta una pérdida de capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) resultan vulnerados cuando la AFP a la que se

32 *Ibídem.*

encuentra vinculado se niega a efectuar el reconocimiento de la pensión de invalidez al tratarse de un estado estructurado en vigencia de la normatividad contenida en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, cuyos requisitos de cotización no se ven satisfechos, pese a que las condiciones consagradas en una normatividad anterior sí se encuentran reunidos ampliamente?

Frente a dicho problema, se debe tener presente que durante los años 2009 a 2011 existía un posición jurisprudencial en la Corte Constitucional, según la cual se establecía que dado el carácter imperativo de las normas de la seguridad social era indiscutible que su aplicación se debía hacer sin tener en cuenta los regímenes pensionales anteriores aun cuando estos últimos resultaran más favorables. Sin embargo, tal posición vario con ocasión de la sentencia de unificación SU- 442 del 18 de agosto de 2016 en la cual se señaló que:

El deber de amparar las expectativas legítimas implica que las normas para acceder a una pensión no sean alteradas abruptamente en forma desfavorable, por lo cual el respeto de las mismas presupone garantizar en el ordenamiento un régimen de transición frente a cambios normativos, o en su defecto preservar el derecho a una estabilidad relativa de las disposiciones bajo las cuales, por ejemplo, una persona cumplió un requisito estructural relevante para pensionarse. Puede caracterizarse este principio en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable.³³

Esta posición jurisprudencial que además es de obligatorio cumplimiento trae consigo implicaciones negativas para la sostenibilidad de las finanzas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, toda vez que con la interpretación del principio de la condición más beneficiosa no solo se desconoce la regla de que el reconocimiento de una pensión de invalidez debe ser regido por la norma vigente al momento de la fecha de

33 *Ibíd.*

estructuración del estado incapacitante, sino que también se estarían aplicando regímenes normativos derogados.

Cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas:

El problema jurídico se fijó en los siguientes términos: ¿Los Derechos Fundamentales de un afiliado que presenta una pérdida de capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) como consecuencia de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita resultan vulnerados cuando la AFP a la que se encuentra vinculado se niega a efectuar el reconocimiento de la pensión de invalidez aduciendo el desconocimiento de las cotizaciones efectuadas entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral, pese a que la estructuración ha sido fijada de manera retroactiva por parte de la entidad evaluadora competente, conforme a lo consagrado al artículo 1 de la Ley 860 de 2003?

De modo que la regla jurisprudencial se estableció que *“[E]n los eventos en los que el estado de invalidez de una persona está asociado al padecimiento de enfermedades de carácter degenerativo, crónico o congénito, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, las entidades administradoras de pensiones deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, las cuales se asumen efectuadas en ejercicio de una capacidad laboral residual que, sin ánimo de defraudar el Sistema, permitió al afiliado seguir trabajando y haciendo sus aportes hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva³⁴”*.

Así pues de la regla jurisprudencial se puede deducir que esta “replantea lo establecido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 en lo concerniente a la fecha desde la cual deben tenerse en consideración las cotizaciones para acceder a la pensión de invalidez, partiendo de las circunstancias fácticas de los afiliados que a pesar de encontrarse diagnosticados con una enfermedad de carácter crónico, degenerativo o congénito cuentan con una capacidad laboral residual que les ha permitido

34 *Ibidem*.

continuar desarrollando una actividad laboral, en el marco de la cual han continuado realizando cotizaciones a la entidad administradora a la cual se encuentran vinculados³⁵”.

Régimen especial contemplado en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley 860 de 2003:

El problema jurídico se abordó de la siguiente manera: ¿Los Derechos Fundamentales de un afiliado, cuya edad oscila entre veinte (20) y veintiséis (26) años y presenta una pérdida de capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%), resultan vulnerados cuando la administradora, a la que se encuentra vinculado, se niega a efectuar el reconocimiento de la pensión de invalidez, al amparo del régimen especial consagrado en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

Así pues, la Corte Constitucional ha precisado la siguiente regla de decisión: *El párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, al disponer que las personas hasta los 20 años de edad pueden acceder a la pensión de invalidez en condiciones menos rigurosas, tiene una finalidad constitucional que va más allá de fijar una edad límite para disfrutar de tal derecho. El fin constitucional que protege la norma es que las personas que inician su vida laboral, lo cual supone también que empiezan su afiliación al Sistema de Seguridad Social en calidad de cotizantes y no más como beneficiarios de un tercero, accedan a las prestaciones que emanan del Sistema, cumpliendo requisitos menos exigentes, que los que exige la Ley 100 de 1993, a una persona que ha cotizado al Sistema por más tiempo.*

De esta manera, que “cuando se incrementa hasta la edad de 26 años (persona joven), el tenor literal de la norma aplicable se ve reinterpretado por la jurisprudencia constitucional y, en esa medida, sus efectos se han extendido a un grupo poblacional que inicialmente se encontraba excluido del régimen especial diseñado para la población joven³⁶”.

35 *Ibidem.*

36 *Ibidem.*

Inaplicación del requisito de fidelidad contemplado en las leyes 797 de 2002 y 860 de 2003 inclusive en los casos de estructuración del estado de invalidez registrados entre las fechas de vigencia de tales disposiciones y su declaratoria de inexecutable:

El problema jurídico señalado fue: ¿Los Derechos Fundamentales de un afiliado que presenta una pérdida de capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) resultan vulnerados cuando la administradora a la que se encuentra vinculado se niega a efectuar el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo el argumento de incumplimiento del requisito de fidelidad al Sistema, el cual considera exigible porque la fecha de estructuración de invalidez es anterior a la declaratoria de inexecutable de dicho requisito contemplado en los artículos 11 de la Ley 797 de 2003 y 1 de la Ley 860 de 2003?

Y su correspondiente regla de decisión es la siguiente:

Alegar que no se puede dar aplicación a las sentencias de inexecutable en los eventos en que el hecho generador del derecho pensional ocurrió antes de su expedición no es jurídicamente válido, debido a que el requisito de fidelidad al Sistema siempre fue considerado inconstitucional y por ello fue inaplicado pues contrariaba ostensiblemente el principio de progresividad que rige todo el Sistema General de Seguridad Social, al consagrar reformas que disminuían derechos ganados, sin justificación para ello. Además, admitir dicha opción sería actuar en flagrante contraposición con los principios de igualdad y favorabilidad estatuidos en la preceptiva nacional e internacional³⁷

Reconocimiento de la pensión de especial de vejez por invalidez contemplada en el párrafo cuarto del artículo 9 de la Ley 797 de 2003:

El problema jurídico abordado fue: ¿Los Derechos Fundamentales de un afiliado que presenta una deficiencia calificada en un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento (25%) resultan vulnerados cuando la administradora a la que se encuentra vinculado se niega a efectuar el reconocimiento de la pensión anticipada de vejez consagrada en el párrafo

37 *Ibidem*.

cuarto del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 bajo el argumento de que dicha deficiencia no satisface los requisitos de calificación que detalla la norma?

Conforme a dicha interpretación, se ha precisado la siguiente regla de decisión:

Cuando una deficiencia reciba el porcentaje máximo establecido en el Decreto, debe entenderse, para efectos de establecer si una persona tiene derecho a la pensión anticipada de vejez, que fue calificada con el 100%. En consecuencia, si en el contexto de la calificación de la invalidez, a la deficiencia de una persona se le asigna un porcentaje de 25 o más, quiere decirse con ello que reúne la condición exigida por el artículo 33, parágrafo 4° de la Ley 100 de 1993, de contar con una deficiencia igual o superior al 50%.³⁸

Debido a la redacción inadecuada del parágrafo cuarto del artículo 9 de la Ley 797 de 2003- por incluir el término “deficiencia” como sinónimo de invalidez, la Corte Constitucional concluyó que era necesario la reinterpretación del normativo y, de esta manera, se vio en la necesidad de extender su aplicación a los casos en que la deficiencia sea calificada con un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento (25%). Lo cual, va más allá de lo indicado por la ley, toda vez que esta nunca previó otorgar una pensión a personas con una calificación inferior al 50%.

Lo anterior deja claro que la Corte Constitucional, en su competencia de garantizar derechos humanos- fundamentales de los afiliados al sistema de seguridad social, ha ampliado los derechos por encima de la ley y la norma reglamentaria vigente, lo que sin duda aunque razonable desde el punto de vista del Estado de Derecho y la óptica constitucional, trae consigo implicaciones para las finanzas públicas especialmente a través de Colpensiones y Positiva y también en general para las instituciones que conforman el sistema de seguridad social colombiano.

38 *Ibidem*.

12. Análisis jurisprudencial

Alcance

Teniendo en cuenta la propuesta del presente documento, a continuación, se presentarán los análisis jurisprudenciales relativos a las temáticas abordadas, de modo que será necesario analizarlos de manera separada, toda vez que hacen alusión a problemas jurídicos y a reglas jurisprudenciales diferentes.

Cabe resaltar que el análisis se hará teniendo en cuenta las decisiones judiciales adoptadas por la Corte Constitucional y que han sido generadoras de un impacto para la financiación del sistema general de seguridad social.

Conforme a lo anterior las líneas jurisprudenciales son las siguientes:

12.1 DETERMINACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN EN PENSIONES CAUSADAS EN EL MARCO DE TRANSICIÓN PARA RÉGIMENES ESPECIALES

NICHO CITACIONAL

Sentencia arquimédica: T-860/2012

Sentencias confirmadoras de principio: T-430/2011, T-180/2008, T-251/2007, T- 169/2003, T-651/2004 y T-1000/2002.

Sentencias hito: T-631/2002 y T-158/2006

Sentencia fundadora de la línea: T-189/2001

Teniendo en cuenta el desarrollo de la metodología de investigación de líneas jurisprudenciales planteada por (López Medina, 2000), se inició la indagación de la sentencia más reciente que abordara el problema jurídico planteado en relación a la determinación del ingreso base de liquidación en pensiones causadas en el marco de transición para regímenes

especiales, encontrándose como sentencia arquimédica es la T- 860 de 2012 (Octubre 24); a partir de ésta se evidenciaron como citas jurisprudenciales las siguientes: T- 430/2011, T- 180/2008, T- 251/2007, T- 158/2006, T- 631/2002, T- 189/2001.

T-860/2012					
T-430/11	T-180/08	T-251/07	T-158/06	T-631/02	T-189/01
T-189/01	T-158/06	T-158/06	T-189/01	T-189/01	Sin citas
T-631/02	T-631/02	T-631/02	T-631/02	T- 470/02	
T-180/08	T-251/07	T-621/06	T- 1000/02	T-534/01	
T-534/01	T- 806/04	T- 1000/02	T- 470/02		
T- 019/09	T-651/04	T- 806/04			
T- 470/02	T-169/03	T-169/03			
T- 414/09					

Al realizarse la construcción del nicho de citas de las sentencias mencionadas, incluida la arquimédica, se observa que:

Las sentencias T-751/2002, T-534/2001, T-019/2009, T-470/2002, T-414/2009, T-806/2004 y T- 621/2006 son calificadas como no relevantes al hacer alusión a problemas jurídicos distintos del formulado, toda vez que abordan supuestos de hecho relacionados con el atraso en el pago de las mesadas pensionales, la aplicabilidad del régimen especial del artículo 6 del Decreto 546 de 1971 y el reconocimiento a través de la acción de tutela de una prestación económica como es la pensión.

La sentencia T-189/2001 corresponde a la referencia jurisprudencial más antigua en la materia, correspondiendo así a la sentencia fundadora de la línea. Además dicha sentencia cuenta con significativa reiteración en las decisiones posteriores.

Las sentencias T-631/2002 y T-158/2006 son calificadas como sentencias hito dentro de la línea jurisprudencial al ser aquellas de mayor cita y contener los puntos de interpretación en que la Corte fundamenta su decisión.

DECISIONES JUDICIALES CONTENIDAS EN EL NICHOS CITACIONAL

Sentencia T-860 del 24 de octubre de 2012 (Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio)

Accionado: Sala Cuarta Dual de Decisión Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Medellín.

Problema jurídico: ¿Vulnera la Sala Cuarta Dual de Decisión Laboral de descongestión del Tribunal Superior de Medellín los derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social del señor Rafel Antonio Múnera López por haber considerado en su decisión judicial que no era posible extraer el ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, que contempla el régimen para los funcionarios de la Rama Judicial, en la medida que la norma que debía aplicarse era el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

Fundamentos de la decisión:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en materia del cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión para los beneficiarios del régimen de transición fue interpretado por la Corte Constitucional en la sentencia T-158 de 2006 de la siguiente manera: “(i) La primera parte del inciso segundo, hace referencia a una regla general, según la cual si para el 1° de abril de 1994 el trabajador acredita la edad y el tiempo de servicio allí previsto, entonces los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión serán los estipulados en el régimen al que se encontraba inscrito para ese momento. La parte final de este enunciado, constituye una condición para la citada regla general, toda vez que los demás requisitos para acceder a la prestación, distintos a los expresados, serán regulados por las normas generales de la Ley 100 de 1993. (ii) El tercer inciso establece una excepción a la regla general, en el sentido que si las personas con los requisitos de edad y periodo de cotizaciones fijados en aquella regla les faltaren menos de diez años para pensionarse, les

será aplicable la modalidad de cálculo de la pensión, contenida en ese mismo párrafo, equivalente al *“promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior.*

De acuerdo con lo expuesto en la citada sentencia, es en este último inciso en donde se presenta un conflicto por tratarse de una excepción a la regla general que se muestra, en primer término, incompatible con el principio de favorabilidad laboral y la protección de los derechos adquiridos de un grupo específico de beneficiarios del régimen de transición, en tanto se les impone una fórmula de cálculo de la pensión diferente a la contenida en el régimen especial al que se encontraban inscritos antes de entrar en vigencia el sistema general de seguridad social.

Ante la posibilidad de dar un tratamiento discriminatorio a dicho grupo de jubilados, la citada providencia resaltó pronunciamientos anteriores de la Corte que adoptaron una interpretación del inciso tercero del artículo 36, según la cual el concepto *“ingreso base para liquidar la pensión”* al que refiere esta disposición, hace parte de la noción *“monto de la pensión”* contenida en el inciso segundo del mismo artículo. El efecto de esta equivalencia, en términos de la Corte, consiste en que *“como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua”*.

“Como ya quedó expuesto en la parte considerativa, en contraste con lo sostenido por el Tribunal Superior de Medellín, esta Corporación ha manifestado de manera reiterada que el ingreso base de liquidación pensional de los trabajadores beneficiarios del régimen de transición, corresponde al señalado en el régimen especial que se aplique a su caso particular, siempre que éste lo contemple”.

“De manera que el método de cálculo referido en el artículo 36 de la Ley 100, de acuerdo a la interpretación constitucional señalada, no es aplicable al señor Rafael Múnera López, en la medida que el Decreto 546 de 1971 en su artículo 6 contempla una fórmula para determinar el monto de su pensión de jubilación”.

Sentencia T-430 del 19 de diciembre de 2011 (Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Accionado: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL- E.I.C.E en liquidación

Problema jurídico: ¿Si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso de la señora Carmen Stella Romero Rendón , al no haber aplicado el régimen especial a la liquidación pensional, mediante la cual se le reconoció y se ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez?

Fundamentos de la decisión:

“Antes de la Ley 100 de 1993, existieron varios regímenes especiales entre los que se encuentra el de la **rama judicial y el ministerio público**. El régimen especial para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público contemplado en el Decreto 546 de 1971 se encuentra vigente para los trabajadores cobijados por el régimen de transición, de suerte que desconocer la prerrogativa que tienen de pensionarse con la edad, tiempo de servicios y monto allí fijados, constituye una vía de hecho por defecto sustantivo y, en esa medida, la afectación del derecho al debido proceso del trabajador”.

“Esta Corte ha afirmado que existe vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, cuando, en perjuicio del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución y 21 del Código Sustantivo del Trabajo y en virtud de la garantía de los derechos adquiridos, en un caso de reconocimiento de pensión de jubilación se desconocen, **inaplican** o se aplican parcialmente las normas del régimen que ampara a un trabajador que se encuentra cobijado por los supuestos de hecho que dispone el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

“En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que, en el caso bajo estudio, resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio por tratarse de una tutela interpuesta contra un acto administrativo que incurre en vía de hecho, debido a que la Caja Nacional de Previsión Social, si bien reconoció que el accionante tiene derecho a ser beneficiario del régimen de transición de los servidores públicos pertenecientes a la Rama Judicial y al Ministerio Público, al momento de hacer el cálculo para determinar el monto de la pensión, lo hace con fundamento en un régimen distinto al

que por virtud de la transición tiene derecho el accionante. La irregularidad alegada por el actor, referente a que la entidad accionada no aplica en su integridad las normas contentivas del régimen de transición que lo cobijan, configuran una violación flagrante y manifiesta de sus derechos fundamentales. Lo anterior, teniendo en cuenta que la actuación administrativa adelantada por CAJANAL tiene un impacto material significativo en los derechos fundamentales del actor; así las cosas, procede la tutela como mecanismo transitorio”.

“Lo anterior, por cuanto quedó plenamente demostrado que la señora Carmen Stella Romero Rendón es beneficiaria del régimen de transición y por consiguiente al entrar a regir la Ley 100 de 1993, contaba con la expectativa legítima de pensionarse según lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971, expectativa que una vez cumplidos los requisitos exigidos por dicha norma para acceder a la pensión, devino en un derecho laboral adquirido, cuyo desconocimiento contraviene la Constitución y la Ley”.

Sentencia T-180 del 22 de febrero de 2008 (Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández)

Accionado: Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL- Gerencia General

Problema jurídico: ¿Si con la Resolución a través de la cual se liquidó la pensión de jubilación del actor con base en la modalidad del cálculo de ingreso base previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y dejando de aplicar íntegramente el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 717 de 1978, la Caja Nacional de Previsión Social vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital y debido proceso?

Fundamento de la decisión:

“En la sentencia T-169 de 2003 la Corte señaló que en el acto administrativo que resuelve sobre una pensión no dando aplicación al régimen especial para la Rama Judicial y el Ministerio Público, se puede incurrir en vía de hecho y la acción de tutela es procedente para amparar los derechos constitucionales vulnerados”.

“Con base en esos razonamientos, se estableció que el desconocimiento de un régimen especial basado en el régimen de transición vulnera el derecho a la seguridad social en

conexidad con el derecho fundamental al debido proceso, y con los derechos adquiridos. Una vez entró la Corte a analizar el caso objeto de estudio, determinó que el régimen especial vigente para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, es el establecido en el Decreto 546 de 1971, el cual se mantuvo en virtud del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993”.

“Ante la posibilidad de inferir un tratamiento discriminatorio en contra de dicho grupo de jubilados, contrario a distintas garantías constitucionales, la sentencia T-158/06 resalta cómo las decisiones anteriores de la Corte han previsto una interpretación del inciso tercero del artículo 36, según la cual el concepto *ingreso base para liquidar la pensión* al que refiere esta disposición, hace parte de la noción *monto de la pensión* contenida en el inciso segundo del mismo artículo. El efecto de esta equivalencia, en términos de la Corte, consiste en que *“como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión”*.

“Por ello, en atención a las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que, en el caso bajo estudio, resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio por tratarse de una tutela interpuesta contra un acto administrativo que incurre en vía de hecho, debido a que la Caja Nacional de Previsión Social, si bien reconoció que el accionante tiene derecho a ser beneficiario del régimen de transición de los servidores públicos pertenecientes a la Rama Judicial y al Ministerio Público, al momento de hacer el cálculo para determinar el monto de la pensión, lo hace con fundamento en un régimen distinto al que por virtud de la transición tiene derecho el accionante. La irregularidad alegada por el actor, referente a que la entidad accionada no aplica en su integridad las normas contentivas del régimen de transición que lo cobijan, configuran una violación flagrante y manifiesta de sus derechos fundamentales”

Sentencia T-251 del 12 de abril de 2007 (Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño)

Accionado: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República

Problema jurídico: ¿En qué eventos resulta procedente la acción de tutela para efectos de solicitar la reliquidación de una pensión? Y ¿Si la actuación adelantada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en el sentido de liquidar la pensión de jubilación de la actora con base en la modalidad de cálculo de ingreso base previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/93, en contraposición con el previsto en el Decreto 546/71, vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital y al debido proceso de la actora?

Fundamentos de la decisión:

“La Corte ha identificado los requisitos de índole fáctica que deben acreditarse en cada caso para que pueda predicarse la procedencia de la acción de tutela para lograr la reliquidación de pensiones. Al respecto, la reciente sentencia T-158/06 consideró que la procedencia de la acción estaba supeditada al cumplimiento de cada uno de los requisitos siguientes: (i) que la persona interesada haya adquirido el estatus de jubilado, esto es, que se le hubiera reconocido su pensión; (ii) que el jubilado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado; (iii) que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad; y (iv) que el peticionario acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de adulto mayor, que la actuación de la administradora de pensiones resulta violatoria de sus derechos fundamentales, entre ellos la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal”.

“En relación específica con la problemática de los jubilados cubiertos por el régimen de transición propio de los trabajadores al servicio de la Rama Judicial y el Ministerio Público, la decisión analizada demostró, con base en lo dispuesto en las sentencias T-169/03 y T-631/02, que en aquellos eventos en que la entidad administradora de pensiones deja de aplicar, sin mediar razones suficientes, las disposiciones del Decreto 546 de 1971 para el

caso de los trabajadores beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede incurrir en vía de hecho administrativa susceptible de amparo constitucional, en aras de obtener la protección del derecho al debido proceso”.

“La Corporación ha considerado que el ingreso base de liquidación es un elemento inescindible del régimen especial aplicable al beneficiario de la modalidad de transición pensional. Por ende, la fórmula de cálculo prevista en el inciso tercero del artículo 36 es un método supletorio, en los términos mencionados.

En el caso concreto, “se tiene que la demandante adquirió la condición de jubilada según lo decidido por el Fondo en la Resolución 1103 de 2006, acto administrativo que reconoció la pensión de vejez. Contra esta decisión fue agotada la vía gubernativa por parte de la demandante, instancia resuelta desfavorablemente en la Resolución 1214 del mismo año. Del mismo modo, la Sala advierte que según lo dispuesto el artículo 136-2 del Código Contencioso Administrativo, la acción de restablecimiento del derecho respecto de actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo. En ese sentido, la tutelante se encuentra en término para presentar la demanda judicial ordinaria correspondiente.

“Finalmente, en lo que tiene que ver con la existencia de condiciones materiales que configuren la inminencia de un perjuicio irremediable, la Sala encuentra que dentro del expediente se comprobó que la suma reconocida como monto de la pensión redujo en cerca de una tercera parte los ingresos que recibía la actora mientras ejerció su actividad laboral, disminución de recursos consecuencia de la modalidad de liquidación adoptada el Fondo. Esta situación contrajo graves implicaciones en la asunción de obligaciones financieras y familiares, al punto que se vio privada de los recursos suficientes para garantizar el pago de la educación de uno de sus hijos, quien depende económicamente de ella (...) Por lo tanto, se comprueban en el caso concreto los presupuestos fijados en la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales invocados”.

“Resulta válido concluir que los actos proferidos por el Fondo configuran una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la actora, en tanto estuvieron fundados en

una interpretación de las normas aplicables contraria a los postulados constitucionales aplicables”.

Sentencia T- 158 del 2 de marzo de 2006 (Magistrado ponente Huberto Antonio Sierra Porto)

Accionado: CAPRECOM

Problema jurídico: ¿Si de la aplicación que hizo CAPRECOM del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para calcular el monto base de la pensión del tutelante, se desprende una vía de hecho que configure una vulneración de sus derechos fundamentales?

Fundamento de la decisión:

“De este modo, en primer lugar, la jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el *ingreso base para liquidar la pensión* del que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de *monto de la pensión* de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la fórmula para calcular el ingreso base”.

“La Corte ha considerado que la no aplicación de las normas del régimen pensional al que se pertenece, reflejada directamente en la forma de liquidar la pensión constituye una vulneración no sólo al derecho al debido proceso, sino al derecho a la seguridad social. Esto por cuanto este último incluye el derecho a recibir la mesada pensional que corresponde y no otra”.

Así, según CAPRECOM pese a ser el ciudadano RAMÍREZ GIL beneficiario del régimen de transición y a que el régimen especial de los trabajadores de TELECOM estipula explícitamente que el monto de la mesada pensional corresponderá al 75% del promedio

de lo devengado en el último año de servicios, a éste se le debe aplicar la fórmula contenida en el inciso tercero del artículo 36 mencionado. Esto sin duda se aleja de la conclusión a la que ha llegado la Corte Constitucional consistente en que, en virtud de la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a la luz de los artículos 53 (derechos adquiridos) y 58 (favorabilidad laboral) superiores, la aplicación del inciso tercero sólo es procedente cuando el régimen especial al que se encontraba afiliado el beneficiario del régimen de transición no estipulaba la fórmula para calcular el ingreso base de la pensión”.

“No obstante, lo anterior no hace viable *per se* la acción de tutela con el fin de corregir la aplicación del artículo 36 citado. Pues una cosa es que esta Corporación haya delineado la aplicación de una norma de conformidad con ciertos principios constitucionales, y otra distinta que esto se convierta por sí sólo en una nueva causal de procedencia de la acción de tutela. Si así fuera, significaría que cada vez que las autoridades aplicasen la norma en cuestión de manera diferente a como se ha descrito, el juez de tutela tiene la obligación de conceder el amparo, haciendo abstracción de las situaciones del caso concreto. Lo cual significa a su vez que no se haría necesario verificar ni la vulneración de los derechos fundamentales, ni el cumplimiento de los requisitos procedimentales de la tutela. Con lo cual pierde la acción de amparo la naturaleza con la que fue creada y regulada por el Constituyente de 1991.

Tal como lo ha estipulado esta Corte, la orden de tutela consistente en que se liquide o reliquide una pensión sólo es procedente, entre otros, (i) si el jubilado ha agotado la vía gubernativa para lograrlo, (ii) si no tiene otros mecanismos judiciales para ello o si por razones ajenas a su voluntad no puede hacer uso de éstos, o aquellos no resultan eficaces, y (iii) si con ello se pretende proteger derechos fundamentales del jubilado. La Corte encuentra que en el presente caso no se da ninguno de los supuestos anteriores. Además, la sala halla razón en los argumentos de los jueces de instancia, en el sentido que (iv) la falta de inmediatez en la interposición de la acción de tutela, refuerza el hecho que no se configure vulneración alguna de los derechos constitucionales del demandante, lo cual es una razón adicional para que no se conceda el amparo”.

“Por un lado, el actor no interpuso los recursos a su disposición para controvertir la resolución de reliquidación de la pensión. Surtiéndose la notificación de esta última en

septiembre de 2003, el interesado sólo en mayo del 2005, es decir veinte (20) meses después, elevó derecho de petición para solicitar el reajuste. Ni el tutelante lo alega, ni en el expediente se demuestra que existió alguna razón de fuerza mayor o derivada de la especial condición del demandante que le hubiese significado la imposibilidad de haber recurrido la resolución en comento o haber solicitado antes la revisión de la misma. De otro lado, el actor cuenta en efecto con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos, para atacar la resolución de reliquidación con la cual no está conforme”.

Sentencia T- 631 del 8 de agosto de 2002 (Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra)

Accionado: Caja Nacional de Previsión Social.

Problema jurídico: ¿La entidad accionada incurre en vía de hecho y por consiguiente se viola el debido proceso del señor Eduardo Duarte Chinchilla cuando desconoce el régimen especial pensional en materia de liquidación de la mesada pensional?

Fundamentos de la decisión:

“Confundir el monto de la pensión con la base constituye un error jurídico. El **monto de la pensión o mesada** es el efecto; la base reguladora y el porcentaje son el procedimiento o causas para fijar dicho monto. El porcentaje no puede existir sin una base reguladora que permita sacar el tanto por ciento. Esto no es solamente lógico, sino que hace parte de la teoría de la seguridad social y la norma expresamente fijó para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional la base reguladora (el salario mensual más alto percibido durante el último año) y el porcentaje: 75%. Por tanto, es ostensible la vía de hecho cometida en el presente caso por la entidad demandada. Esta actuación obedece a *“su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la violación de los derechos fundamentales de la persona”*.

“No se atiende el sentido claro del artículo 6° del decreto 546/71 cuando se invoca el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 para fijar la base reguladora. Se debe considerar lo siguiente: 1ª. El mencionado inciso indica: *“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de*

diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello...". Ya se dijo que la parte final del inciso segundo de dicho artículo 36 (que era el que le daba fundamento al inciso 3°) ya no aparece en el decreto 2527 de 2000; y que, de todas maneras, no es aplicable si existe norma especial que señala cual es la base reguladora; pero, en gracia de discusión, ocurre que en el presente caso el señor Hernando Duarte Chinchilla principió a trabajar al servicio de la rama judicial desde el 4 de septiembre de 1965, de manera continua hasta ahora, luego el 1° de abril de 1994 llevaba 29 años de trabajo en la Rama Judicial, entonces, no le faltaba ni un día para los veinte años de servicios, por el contrario, le sobraba tiempo, por consiguiente no es aceptable jurídicamente que se le aplique el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 como lo hizo la Caja Nacional de Previsión. 2ª. No se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad y esto también significa violación al debido proceso. La violación es más grave si se tiene en cuenta que en las Resoluciones que le hacen la incorrecta liquidación al peticionario, la Caja Nacional de Previsión invoca la sentencia C-168/95 y ocurre que dicha sentencia precisamente habla del respeto al principio de favorabilidad para sustentar la exequibilidad de parte del artículo 36 de la ley 100/93(...) Surge de todo lo anterior que materialmente se le violaron al peticionario los derechos fundamentales que se han analizado en el texto de este fallo".

Sentencia T- 189 del 20 de febrero de 2001 (Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis)

Accionada: Caja Nacional de Previsión Social.

Problema jurídico: ¿Le corresponde al juez constitucional, por vía de tutela, ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social corregir la asignación pensional del actor, por haber establecido una asignación que viola derechos fundamentales a una vida digna, igualdad, trabajo y seguridad social, desconociendo la garantía constitucional a sus derechos adquiridos del solicitante?

Fundamentos de derecho:

“Así las cosas, como el actor pasa de los de 71 años y no cuenta con otros ingresos, su mesada pensional no significa tan solo el reconocimiento del derecho a disfrutar de un

solaz económico por haber cumplido, mientras le fue posible, con su deber de servicio, sino la garantía de llegar al fin de sus días contando con los recursos que le permitan conservar el nivel de vida alcanzado y seguir cumpliendo con sus obligaciones familiares, como muy seguramente lo hizo en su vida activa.

De tal manera que la Sala deberá apartarse del análisis de los jueces de instancia, por cuya virtud a las entidades obligadas les bastaría reconocer cualquier suma mensual, a título de asignación pensional, para descartar la intervención del juez constitucional, porque dicha interpretación deja de lado el estudio de la situación particular de quien dicha asignación recibe y desconoce el deber que la Constitución Política les ha confiado de garantizar la realización efectiva de los derechos fundamentales de aquellos que acuden en demanda de su protección”.

Lo anterior porque en las decisiones que se revisan no tuvo cabida su especial condición de persona de la tercera edad –artículo 46 C.P.- padre de un adolescente –artículo 45 C.P.- discapacitado –artículo 47 C.P.-, que solo cuenta con la mesada asignada, para atención de su subsistencia y la de su hijo en minusvalía”.

“Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º, 6º y 8º del Decreto ley 546 de 19717, la mesada pensional del actor debió liquidarse sobre la asignación mensual más elevada, devengada durante el último año de servicios y ser equivalente al 75% de dicha asignación, porque él trabajó durante más de 10 años al servicio de la Rama Judicial y tal era la previsión legal cuando reunió los requisitos de tiempo y edad que lo hicieron acreedor al derecho.

De tal manera que no le asiste razón a la entidad de previsión accionada al pretender liquidar la asignación del actor con base en las disposiciones de las Leyes 33 y 62 de 1985, porque el artículo 1º de aquella dispuso que su normatividad no le era aplicable a los empleados oficiales sometidos a un régimen pensional propio y ésta nada dijo respecto de la anterior previsión”.

“De otra parte, la Sala no encuentra justificada la explicación de la entidad accionada por cuya virtud, para reconocerle al actor su estado de pensionado procedía aplicarle el régimen que le es propio –Decreto ley 546 de 1971- empero, para hacer efectivo tal reconocimiento, es decir para liquidar el monto de su mesada pensional, una vez producido su retiro, debían aplicarse las disposiciones relativas a la liquidación de la pensión de

jubilación de los empleados oficiales, porque en el estatuto citado no se encuentran vacíos que permitan acudir a un régimen similar, habida cuenta que regula las condiciones para acceder al derecho y la cuantía del mismo.

En consecuencia, la Sala habrá de revocar las decisiones que se revisan y, en su lugar, conceder la protección invocada, hasta tanto la Jurisdicción Contenciosa Administrativa decida, en definitiva, la demanda que sobre la misma pretensión se encuentra en curso”.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico

¿Los derechos fundamentales de una afiliado resultan vulnerados cuando la entidad administradora de pensiones desconoce lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971 y aplica lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/1993 en materia de determinación del ingreso base de liquidación para pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales?

<p>Los Derechos Fundamentales del afiliado resultan vulnerados cuando la entidad administradora de pensiones desconoce lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971 y aplica lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/1993 en materia de determinación</p>	<p>◆ T-189/01 ◆ T-631/02 ◆ T-1000/02 ◆</p>		<p>No hay vulneración de los Derechos Fundamentales del afiliado resultan vulnerados cuando la entidad administradora de pensiones desconoce lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971 y aplica lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/1993 en</p>
--	--	--	---

del ingreso base de liquidación para pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales	T-169/03 ◆ T-651/04 ◆ T-158/06 ◆ T-251/07 ◆ T-180/08 ◆ T-430/11 ◆ T-860/12		materia de determinación del ingreso base de liquidación para pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales
---	--	--	--

Existe un criterio uniforme en materia de la normativa aplicable a la determinación del ingreso base de liquidación de las pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales, pues se ha establecido que se debe aplicar la normativa del régimen especial, más no lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, salvo que el primero no contenga regulación al respecto.

Como fundamento de la tesis mencionada ha sido detectada la siguiente regla de decisión:

La Corte ha previsto que una interpretación del inciso tercero del artículo 36, según la cual el concepto ingreso base para liquidar la pensión al que refiere esta disposición, hace parte de la

noción monto de la pensión contenida en el inciso segundo del mismo artículo. El efecto de esta equivalencia, en términos de la Corte, consiste en que “como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión”.

Conforme a lo anterior cabe concluir que:

1. No es posible aplicar de manera incompleta el régimen especial.
2. La determinación del ingreso base de liquidación de las pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales, es el fijado en el régimen especial correspondiente y por tanto lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo es aplicable en caso de que el régimen especial no contenga regulación al respecto.
3. Si la entidad administradora de pensiones otorga una pensión a un beneficiario del régimen especial, pero implica el régimen especial en cuanto a la determinación del ingreso base de liquidación vulnera los derechos fundamentales del debido proceso y la igualdad.
4. Si se cumplen los requisitos establecidos por la Corte Constitucional resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio por tratarse de una tutela interpuesta contra un acto administrativo que incurre en vía de hecho, debido a que si bien reconoce que el afiliado tiene derecho a ser beneficiario del régimen de transición de los servidores públicos pertenecientes a la Rama Judicial y al Ministerio Público, al momento de hacer el cálculo para determinar el monto de la pensión, lo hace con fundamento en un régimen distinto al que por virtud de la transición tiene derecho el accionante.

12.2 COBERTURA DE BENEFICIOS NO POS SIN REGISTRO INVIMA.

NICHO CITACIONAL

Sentencia arquimédica: T-001/2018.

Sentencias confirmadoras de principio: T-001/2018, T-513/2017, T-313/2015, T-243/2015, T-105/2015, T-027/2015, T-302/2014, T-061/2014, T-939/2013, T-539/2013, T-425/2013, T-042/2013, T-706/2010, y T-260A/2009,

Sentencias hito: T-418/2011, T-1214/2008, T-1328/2005 y T-884/2004

Sentencia fundadora de línea: T-975/1999.

A fin de establecer la línea jurisprudencial que ha desarrollado la temática concerniente a la obligación a cargo de las EPS frente al suministro de medicamentos que, encontrándose excluidos del plan de beneficios del POS, carecen de registro sanitario expedido por la autoridad competente -INVIMA-, se inició la indagación de la sentencia más reciente que abordara el problema jurídico planteado, encontrándose como *sentencia arquimédica* la T-001/2018 (Enero 15); a partir de ésta se evidenciaron como citas jurisprudenciales las siguientes: T-513/2017, T-313/2015, T-243/2015 y T-027/2015.

Al realizarse la construcción del nicho de citas de las sentencias mencionadas, incluida la *arquimédica*, ilustrado en el esquema, se observa que:

- Las sentencias T-148/2016 (cobertura de gastos de transporte y exoneración de cuotas moderadoras y copagos), T-925/2014 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-802/2014 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos alternativos prescritos por médicos no adscritos a la EPS), T-742/2014 (cobertura de gastos de transporte), T-678/2014 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos alternativos prescritos por médicos no adscritos a la EPS), T-433/2014 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-423/2014 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-160/2014 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-105/2014 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos alternativos), T-930/2013 (cobertura de gastos de transporte y suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-804/2013 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios y prescritos por médicos no adscritos a la EPS), T-769/2013 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-607/2013

(suministro de medicamentos con denominación comercial, no genérica), T-586/2013 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos alternativos excluidos del plan de beneficios), T-374/2013 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos prescritos por médicos no adscritos a la EPS), T-289/2013 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-218/2013 (afiliación de beneficiario adicional sin pago), T-209/2013 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-190/2013 (atención integral en salud oral para población carcelaria), T-180/2013 (procedimiento en fase experimental excluido del plan de beneficios), T-174/2013 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-089/2013 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-073/2013 (cobertura de gastos de transporte y suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-020/2013 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1076/2012 (exoneración de copagos y cuotas moderadoras, cobertura de gastos de transporte y suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-918/2012 (procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo), T-727/2012 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-708/2012 (exoneración de copagos y cuotas moderadoras y suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-626/2012 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos alternativos excluidos del plan de beneficios y prescritos por médicos no adscritos a la EPS), T-478/2012 (cobertura de gastos de transporte y suministro de medicamentos, procedimientos y elementos alternativos excluidos del plan de beneficios y prescritos por médicos no adscritos a la EPS), T-413/2012 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-389/2012 (suministro de tratamiento en lugar de residencia y cobertura de gastos de transporte en caso de no ser posible), T-359/2012 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-344A/2012 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-048/2012 (exoneración de copagos y cuotas moderadoras y suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-034/2012 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos

excluidos del plan de beneficios), T-976/2011 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-974/2011 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-971/2011 (autorización de procedimiento incluido en el plan de beneficios en red hospitalaria de alta complejidad), T-955/2011 (cobertura de gastos de transporte y suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-873/2011 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos incluidos en el plan de beneficios), T-872/2011 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios) T-834/2011 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-705/2011 (suministro de medicamentos con denominación comercial, no genérica), T-561/2011 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-523/2011 (cobertura de gastos de transporte), T-285/2011 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1034/2010 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-970/2010 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-854/2010 (proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral en régimen subsidiado), T-749/2010 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-654/2010 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos alternativos excluidos del plan de beneficios), T-046/2010 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-037/2010 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-922/2009 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-674/2009 (autorización de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios por parte del Comité técnico científico), T-499/2009 (autorización de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios por parte del Comité técnico científico), T-391/2009 (cobertura de gastos de transporte), T-365/2009 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-333/2009 (exoneración de copagos y cuotas moderadoras y suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-332/2009 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-292/2009 (autorización de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan

de beneficios por parte del Comité técnico científico), T-159/2009 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-760/2008 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios y exoneración de cuotas moderadoras y copagos), T-214/2008 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-159/2008 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1079/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios de régimen subsidiado), T-939/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-862/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-788/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-565/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios y exoneración de cuotas moderadoras y copagos), T-523/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-489/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-461/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-201/2007 (cobertura de gastos de transporte), T-148/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-130/2007 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1016/2006 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-829/2006 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-662/2006 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-557/2006 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-155/2006 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1214/2005 (allanamiento a mora en pago de licencia de maternidad), T-1138/2005 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1126/2005 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1022/2005 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-569/2005 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-427/2005 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos

excluidos del plan de beneficios), T-297/2005 (cesación de importación de medicamento), T-171/2005 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-117/2005 (suministro de medicamentos de tipo cosmético), T-007/2005 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-666/2004 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-616/2004 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-476/2004 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-412/2004 (autorización de procedimiento incluido en el plan de beneficios en red hospitalaria de alta complejidad), T-398/2004 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-341/2004 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-136/2004 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-053/2004 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-036/2004 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1219/2003 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1007/2003 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos incluidos en el plan de beneficios), T-883/2003 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-859/2003 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos incluidos en el plan de beneficios), T-1113/2002 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-899/2002 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-344/2002 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1325/2001 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1018/2001 (suministro de procedimientos excluidos del plan de beneficios en el exterior), T-935/2001 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos de carácter estético excluidos del plan de beneficios), T-597/2001 (suministro de procedimientos experimentales excluidos del plan de beneficios en el exterior), T-406/2001 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1204/2000 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-1120/2000 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos

excluidos del plan de beneficios), T-409/2000 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-378/2000 (suspensión de servicio de salud por causa de mora del empleador en el pago de aportes), T-179/2000 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-119/2000 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos de carácter estético excluidos del plan de beneficios), T-926/1999 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), SU-819/1999 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-059/1999 (atención integral a pacientes portadores de VIH/SIDA), T-784/1998 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-329/1998 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-328/1998 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-283/1998 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-236/1998 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), SU-039/1998 (preexistencias contractuales en servicio de medicina prepagada), T-640/1997 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-606/1997 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), SU-480/1997 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-125/1997 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), T-114/1997 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios), SU-111/1997 (supresión de atención en salud posterior a declaración de insubsistencia del servicio público) y T-648/1996 (suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios) son calificadas como no relevantes al hacer alusión a problemas jurídicos distintos del formulado.

- La sentencia T-975/1999 corresponde a la referencia jurisprudencial más antigua en la materia, correspondiendo así a la *sentencia fundadora de línea*.
- Las sentencias T-418/2011, T-1214/2008, T-1328/2005 y T-884/2004 son calificadas como *sentencias hito* dentro de la línea jurisprudencial al ser aquellas de mayor cita y contener de forma sintética los puntos de interpretación en que la Corte fundamenta su decisión, es decir, son aquellas de mayor importancia estructural en las decisiones y

contienen las reglas esenciales que por la vía del precedente judicial permiten su aplicación ante idénticas situaciones de hecho.

- Las sentencias T-945/2004 y T-173/2003 son registradas como variaciones dentro de la tendencia en principio garantista de la línea jurisprudencial, al apartarse en su argumentación del criterio de reconocimiento de medicamentos carentes de registro, asignando a los CTC la responsabilidad de indagar por una opción terapéutica alternativa o sustituta que sí se encuentre autorizada.

NICHO CITACIONAL

T-001/18			
T-513/17	T-313/15	T-243/15	T-027/15
T-148/16	T-160/14	T-105/15	T-302/14
T-925/14	T-061/14	T-802/14	T-061/14
T-105/14	T-939/13	T-678/14	T-607/13
	T-539/13	T-433/14	T-289/13
	T-073/13	T-423/14	T-413/12
	T-918/12	T-807/13	T-418/11
	T-971/11	T-769/13	T-706/10
	T-418/11	T-586/13	T-1214/08
	T-365/09	T-374/13	T-760/08
	T-1214/08	T-218/13	T-214/08
	T-136/04	T-209/13	T-1328/05

	T- 597/01	T- 190/13	T- 884/04
		T- 180/13	T- 173/03
		T- 089/13	T- 597/01
		T- 042/13	T- 975/99
		T- 020/13	
		T- 1076/12	
		T- 727/12	
		T- 708/12	
		T- 626/12	
		T- 478/12	
		T- 389/12	
		T- 359/12	
		T- 344A/12	
		T- 048/12	
		T- 034/12	
		T- 976/11	
		T- 974/11	
		T- 955/11	

		T-872/11	
		T-834/11	
		T-705/11	
		T-561/11	
		T-418/11	
		T-854/10	
		T-391/09	
		T-1214/08	
		T-760/08	
		T-862/07	
		T-201/07	

T-148/16	T-105/15	T-925/14	T-802/14	T-742/14	T-678/14	T-433/14	T-423/14
No relevante – Problema jurídico no relacionado	T-742/14	No relevante – Problema jurídico no relacionado					
	T-302/14						
	T-061/14						

	T-930/13						
	T-607/13						
	T-289/13						
	T-873/11						
	T-418/11						
	T-706/10						
	T-654/10						
	T-1214/08						
	T-760/08						
	T-829/06						
	T-155/06						
	T-1219/03						
	T-899/02						
	T-597/01						

T-302/14	T-160/14	T-105/14	T-061/14	T-939/13	T-930/13	T-807/13	T-769/13
T-061/14	No relevante – Problema	No relevante – Problema	T-042/13	T-539/13	No relevante – Problema	No relevante – Problema	No relevante – Problema

	jurídico no relacionado	jurídico no relacionado			jurídico no relacionado	jurídico no relacionado	jurídico no relacionado
T- 607/13			T- 418/11	T- 418/11			
T- 425/13			T- 285/11	T- 1214/08			
T- 289/13			T- 760/08	T- 884/04			
T- 174/13			T- 1328/05				
T- 042/13			T- 945/04				
T- 418/11			T- 884/04				
T- 706/10			T- 173/03				
T- 1214/08			T- 344/02				
T- 760/08			T- 975/99				
T- 1328/05							
T- 117/05							
T- 884/04							
T- 883/03							
T- 859/03							
T- 173/03							
T- 344/02							
T- 597/01							

T-1204/00							
SU-819/99							
T-975/99							
SU-480/97							

T-607/13	T-586/13	T-539/13	T-425/13	T-374/13	T-289/13	T-218/13	T-209/13
No relevante – Problema jurídico no relacionado	No relevante – Problema jurídico no relacionado	T-418/11	T-042/13	No relevante – Problema jurídico no relacionado			
		T-260A/09	T-834/11				
		T-1214/08	T-418/11				
		T-760/08	T-1034/10				
		T-159/08	T-037/10				
		T-939/07	T-333/09				
		T-523/07	T-292/09				
		T-489/07	T-1214/08				
		T-461/07	T-760/08				
		T-130/07	T-1079/07				
		T-1016/06	T-788/07				

		T- 662/06	T- 565/07				
		T- 1328/05	T- 148/07				
		T- 1138/05	T- 829/06				
		T- 1126/05	T- 557/06				
		T- 297/05	T- 1328/05				
		T- 171/05	T- 1214/05				
		T- 007/05	T- 1022/05				
		T- 945/04	T- 297/05				
		T- 884/04	T- 945/04				
		T- 616/04	T- 173/03				
		T- 476/04	T- 344/02				
		T- 053/04	T- 1204/00				
		T- 883/03	T- 975/99				
		T- 173/03					
		T- 344/02					
		T- 1018/01					
		T- 935/01					
		T- 741/01					

		T-406/01					
		T-1120/00					
		T-409/00					
		T-378/00					
		T-975/99					
		T-283/98					
		SU-480/97					

T-190/13	T-180/13	T-174/13	T-089/13	T-073/13	T-042/13	T-020/13	T-1076/12
No relevante – Problema jurídico no relacionado	T-834/11	No relevante – Problema jurídico no relacionado	No relevante – Problema jurídico no relacionado				
					T-523/11		
					T-418/11		
					T-970/10		
					T-1214/08		
					T-1328/05		

					T-297/05		
					T-945/04		
					T-173/03		
					T-975/99		

T-918/12	T-727/12	T-708/12	T-626/12	T-478/12	T-413/12	T-389/12	T-359/12
No relevante – Problema jurídico no relacionado							

T-344A/12	T-048/12	T-034/12	T-976/11	T-974/11	T-971/11	T-955/11	T-873/11
No relevante – Problema jurídico no relacionado							

T-872/11	T-834/11	T-705/11	T-561/11	T-523/11	T-418/11	T-285/11	T-1034/10
No relevante – Problema jurídico no relacionado	T-749/10	No relevante – Problema jurídico no relacionado	No relevante – Problema jurídico no relacionado				

					T- 706/10		
					T- 922/09		
					T- 674/09		
					T- 499/09		
					T- 332/09		
					T- 159/09		
					T- 1214/0 8		
					T- 760/08		
					T- 159/08		
					T- 939/07		
					T- 523/07		
					T- 489/07		
					T- 461/07		
					T- 130/07		
					T- 1016/0 6		
					T- 1328/0 5		

					T-1126/05		
					T-297/05		
					T-171/05		
					T-007/05		
					T-945/04		
					T-884/04		
					T-616/04		
					T-053/04		
					T-173/03		
					T-344/02		
					T-597/01		
					T-975/99		

T-970/10	T-854/10	T-749/10	T-706/10	T-654/10	T-046/10	T-037/10	T-922/09
No relevante – Problema jurídico no relacionado	No relevante – Problema jurídico no relacionado	No relevante – Problema jurídico no relacionado	T-046/10	No relevante – Problema jurídico no relacionado			

jurídico no relacionad o							
							T- 409/00
							T- 975/99
							T- 926/99
							T- 329/98
							SU- 039/98
							T- 640/97
							T- 606/97
							T- 480/97
							T- 125/97
							SU- 111/97
							T- 648/96

T-1113/02	T-899/02	T-344/02	T-1325/01	T-1018/01	T-935/01	T-741/01	T-597/01
No relevante – Problema jurídico no relacionad o	Inexistent e	No relevante – Problema jurídico no relacionad o					

T-406/01	T-1204/00	T-1120/00	T-409/00	T-378/00	T-179/00	T-119/00	T- 975/99
-----------------	------------------	------------------	-----------------	-----------------	-----------------	-----------------	----------------------

No relevante – Problema jurídico no relacionado	T-926/99						
							T-283/98
							T-236/98
							T-640/97
							SU-480/97
							SU-111/97

T-926/99	SU-819/99	T-059/99	T-784/98	T-329/98	T-328/98	T-283/98	T-236/98
No relevante – Problema jurídico no relacionado							

SU-039/98	T-640/97	T-606/97	SU-480/97	T-480/97	T-125/97	T-114/97	SU-111/97	T-648/96
No relevante – Problema jurídico no relacionado	Inexistente	No relevante – Problema jurídico no relacionado						

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

COBERTURA DE BENEFICIOS NO POS

Sentencia T-001 de Enero 15 de 2018 (Magistrada ponente Cristina Pardo Schlesinger)

Accionado: Salud total EPS-S

Problema jurídico: ¿Vulnera Salud Total EPS-S (entidad promotora de salud del régimen subsidiado), el derecho fundamental a la salud del accionante al negarse a suministrar el medicamento indicado por su médico tratante, ¿bajo el argumento de que el mismo no cuenta con la aprobación del INVIMA para el tratamiento de la patología que padece?

Fundamento de la decisión:

▪ El artículo 38 de la Resolución 5269 de 2017 establece las condiciones para que un medicamento sea financiado por el sistema de salud con cargo a la UPC, en tal caso, el medicamento debe ser cubierto por la entidad promotora de salud. Entre las condiciones la norma menciona: principio activo, concentración, forma farmacéutica y uso específico, y todas las condiciones deben coincidir con el listado de medicamentos del Anexo No. 1 de la mentada resolución; adicional al cumplimiento de lo establecido en el artículo 128 *ibídem*.

▪ El Anexo No. 01 de la Resolución 5269 de 2017 menciona a la dexometasona incluida en la cobertura del Plan de Beneficios, sin embargo, a reglón seguido, se hace la aclaración de no inclusión respecto de otras formas farmacéuticas de administración oral o tópica o implante intravítreo. Esta redacción de la resolución lleva a concluir que dicha forma de presentación no está incluida en el Plan de Beneficios, pero tampoco excluida, ya que no se encuentra mencionado expresamente en el listado de exclusiones establecido por la Resolución 5267 de 2017, en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

▪ La jurisprudencia de esta Corporación, ha dicho que las órdenes del médico tratante, sin importar la fase de la atención en salud, toman una connotación de fundamental respecto del paciente, habida cuenta que se fundan en un criterio científico y objetivo del galeno para la protección del derecho a la salud.

▪ se efectuará el siguiente análisis para determinar si la entidad accionada omitió la obligación de comprobar los siguientes requisitos: (i) Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico. (ii) Que la falta del servicio, tratamiento o medicamento, vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal. (iii) Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo grado de efectividad que el excluido del plan. (iv) Que el actor o su familia no tengan capacidad económica para costearlo.

a) En cuanto al primer requisito, se encuentra plenamente probado que existe orden medica expedida por el médico tratante Dr. Roger Almanza Benito, Oftalmólogo especialista en Retina y Vítreo, y solicitud presentada para su estudio la solicitud ante el CTC de la entidad.

b) Frente al segundo requisito, no cabe duda que el paciente padece de edema macular en ojo izquierdo con antecedentes de edema macular difuso + desprendimiento neurosensorial secundario a maculopatía miopía, evento vascular oclusivo en ojo izquierdo; y, por lo tanto, su médico tratante en la justificación que realizó ante el CTC, estableció que para frenar la pérdida de visión progresiva y mejorar el diagnóstico era necesario iniciar como tratamiento la terapia intravítrea con Ozurdex®.

c) Respecto del tercer requisito, es necesario acudir al concepto científico emitido por el Dr. Juan Gonzalo Sánchez Montoya, médico oftalmólogo, especialista en Retinología, que en respuesta allegada, en sede de revisión, mediante oficio OPTB-2575/17 de fecha 13 de octubre de 2017, aseveró que en Colombia, los medicamentos aprobados por la autoridad sanitaria para la patología Degeneración de la mácula y polo posterior del ojo, son no respondedores o son pobres respondedores, queriendo indicar que se han buscado terapias alternas como el implante de liberación lenta de dexametasona (Terapia Intravítrea con Ozurdex) que ha demostrado muy buenos resultados en los estudios publicados.

d) En cuanto al último de los requisitos, se encuentra debidamente probado que el accionante pertenece al régimen subsidiado de salud con un puntaje del SISBEN de 13.72 y, además, como bien se mencionó en los hechos, no cuenta con los recursos económicos que le permitan costear el tratamiento requerido.

▪ La decisión adoptada por el Comité Técnico Científico para negar el medicamento Ozurdex® obedeció a una cuestión jurídica derivada del no cumplimiento de los criterios establecidos por el INVIMA en las Resoluciones 5395 de 2013 y 5592 de 2015, ya que tampoco se tuvieron en cuenta las consideraciones científicas del médico tratante y mucho menos fue debatido por otro par, en la medida que no se demostró que el Comité estuviera integrado por otro médico oftalmólogo subespecializado en retina y vítreo. En este sentido, se ignoraron también los principios *pro homine* y de equidad enunciados en el artículo 6° de la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015, en la medida que la accionada no interpretó la normatividad más favorable en defensa del derecho fundamental a la salud de su usuario.

Sentencia T-513 de Agosto 08 de 2017 (Magistrado ponente Antonio José Lizarazo Ocampo)

Accionado: EPS Comfenalco Valle

Problema jurídico: ¿La acción de tutela es procedente para el reembolso de gastos médicos?

Fundamento de la decisión:

▪ Cuando el servicio de salud ya ha sido brindado, es decir, cuando la persona accede materialmente a la atención requerida, se entiende garantizado el derecho a la salud, luego, en principio, no es viable amparar el citado derecho cuando se trata de reembolsos, en tanto la petición se reduce a la reclamación de una suma de dinero. Como alternativas para dirimir esta clase de conflictos se encuentran la jurisdicción ordinaria laboral o el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud.

▪ Esta Corporación ha reconocido que hay circunstancias especiales que ameritan la intervención del juez constitucional, de manera excepcional y éste puede aplicar las reglas jurisprudenciales para determinar la procedencia del amparo solicitado, más aún cuando se vea conculcado el derecho fundamental al mínimo vital.

▪ Según la jurisprudencia constitucional, la tutela procede para obtener el reembolso de dinero pagado por servicios de salud no suministrados por las EPS, además, en los siguientes casos:

(i) Cuando los mecanismos judiciales consagrados para ello no son idóneos.

(ii) Cuando se niegue la prestación de un servicio de salud incluido en el Plan Obligatorio de Salud, sin justificación legal. Al respecto es necesario reiterar que el acceso a cualquier servicio de salud cuya prestación se requiera y que se encuentre previsto en los Planes Obligatorios de Salud, es derecho fundamental autónomo. Bajo este entendido, su negación implica la vulneración del derecho a la salud, y, en esa medida, es posible acudir al juez de tutela, en procura de obtener su protección.

(iii) Cuando dicho servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación. En principio, para que proceda la autorización de un servicio de salud es necesario que el mismo haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación. No obstante, excepcionalmente, es posible ordenar su suministro, incluso por vía de tutela, aun cuando aquel haya sido ordenado por un médico particular, cuando el concepto de este último no es controvertido por la EPS con base en criterios científicos o técnicos, y el servicio se requiera.

Sentencia T-313 de Mayo 22 de 2015 (Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio)

Accionados: Coomeva EPS y Coomeva medicina prepagada (expediente T-4716116) y Aliansalud EPS, Secretaría distrital de salud de Bogotá, Ministerio de la protección social y Fosyga (expediente T- 4791141)

Problema jurídico: ¿Las EPS Aliansalud y Coomeva vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida, la salud y la seguridad social de los actores, al negarles la autorización de los medicamentos Carboplatino Solución Inyectable 450 mg y Tocilizumab ampollas por 200 mg # 12,800 mg EV, ordenados por sus médicos tratantes para el manejo de sus enfermedades de cáncer de endometrio y Orbitopatía por enfermedad de graves ocular, respectivamente, por estar excluidos del POS y no contar con el registro sanitario del INVIMA para su uso en dichas patologías?

Fundamento de la decisión:

- Los conceptos incluidos en el POS deben ser suministrados de manera ineludible, en razón a que es el médico tratante quien los ordena con base en la valoración médica que ha hecho previamente a su paciente, es decir, que dicho estudio permite al galeno establecer qué tecnología en salud es más eficaz e idónea para prevenir, diagnosticar, tratar, rehabilitar o paliar su enfermedad, de tal suerte que si la promotora de salud niega la prescripción médica realizada, está vulnerando el derecho fundamental a la salud de los afiliados.
- No es constitucionalmente válido que se niegue la prestación de cualquier tecnología en salud que se encuentre incluida en el Plan de Beneficios y haya sido formulada por el médico tratante, ya que tal accionar pone en riesgo la vida e integridad de la persona, máxime cuando el servicio ya se encuentra financiado por la UPC.
- La negación de este tipo de tecnologías en salud genera una solicitud de recobro ilegal, que de plano es improcedente, como quiera que el Estado pagó por el servicio incluido en el plan de beneficios. Por tanto, no puede bajo ningún motivo generarse un segundo pago a cargo del erario por un mismo concepto, en esa medida la EPS no asumió ningún rubro que no hubiere estado obligado normativamente a cancelar. En tal contexto, no se puede permitir que las promotoras de salud recobren esos dineros ante el Fosyga o el ente territorial, puesto

que constituye un pago de lo no debido. Por ello, la Corte Constitucional deja establecido que en ningún caso podrá ser procedente una solicitud de recobro por prestaciones incluidas en el POS.

▪ La jurisprudencia ha señalado que el principio de integralidad supone que el servicio suministrado debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida.

▪ La jurisprudencia constitucional ha señalado que la refrendación de un medicamento como alternativa terapéutica válida para tratar una determinada patología puede darse en dos sentidos: la primera es, la manifestación hecha por la autoridad sanitaria competente (regla general); y la segunda es, el acuerdo que existe entre la comunidad científica sobre el particular.

▪ La Corte ha fijado en sus pronunciamientos que cuando un medicamento no cuenta con el registro sanitario del INVIMA, pero este es requerido por el usuario para que su patología sea tratada, procede el amparo constitucional con base en el principio de la evidencia científica.

▪ Cuando el médico tratante cuenta con argumentos científicos certeros y suficientes para ordenar un medicamento que no cuenta con el registro sanitario debidamente emitido por el INVIMA, este podrá prescribirlo para ser utilizado en un caso médico concreto. No obstante, la prescripción médica realizada por el galeno tratante, no es absoluta, esta podrá ser controvertida por la EPS o cualquier otra entidad con evidencia y criterios científicos, de tal suerte que será esa la única forma en que ellas podrán obstaculizar el suministro del medicamento ordenado por el médico tratante.

▪ Una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse en una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada.

Sentencia T-243 de Abril 30 de 2015 (Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio)

Accionados: Saludcoop EPS (expediente T-4671468) y Salud total EPS (expediente T-4671965)

Problema jurídico: ¿Una entidad prestadora del servicio de salud vulnera los derechos fundamentales a la vida, a la salud, y a la seguridad social, cuando niega la entrega de un medicamento no POS a un paciente por no tener registro de sanidad expedido por el INVIMA o no estar autorizado para atender su patología de acuerdo a las normas vigentes de esa entidad y el concepto del CTC?

Fundamento de la decisión:

▪ En repetidas oportunidades, este tribunal ha establecido que las normas que reglamentan los contenidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) no pueden desconocer derechos fundamentales. Tal situación ocurre cuando una E.P.S. excluye la práctica de procedimientos, tratamientos o el suministro de insumos directamente relacionados con la vida o la dignidad de los pacientes, argumentando que no se encuentran incluidos en el POS.

▪ Este tribunal ha inaplicado la normatividad que excluye dichos servicios médicos para impedir que un precepto legal o una decisión administrativa dificulten el goce efectivo de derechos fundamentales como la vida, la integridad y la salud. Al efecto, la Corte ha establecido la obligación de comprobar los siguientes requisitos:

(i) Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico.

(ii) Que la falta del servicio, tratamiento o medicamento, vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal.

(iii) Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo grado de efectividad que el excluido del plan.

(iv) Que el actor o su familia no tengan capacidad económica para costearlo.

▪ No todas las prestaciones médicas prescritas por un galeno podrán ser objeto de protección por vía de la acción de tutela, toda vez que, al menos en principio, la autorización de servicios se encuentra restringida al plan obligatorio. Por ello, para que resulte procedente la orden de suministrar un tratamiento, insumo y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, será preciso comprobar si se cumplen los lineamientos jurisprudenciales ya mencionados.

▪ La jurisprudencia constitucional ha señalado que las prestaciones en salud que han sido ordenadas por un médico tratante, entre las cuales se encuentra el diagnóstico, los tratamientos y exámenes, adquieren un carácter fundamental en relación con el paciente, al estar fundamentadas y determinadas a partir del criterio científico y objetivo del profesional para proteger el derecho a la salud, ya que el galeno es el competente para señalar el tratamiento requerido para recuperar la condición de salud del paciente.

▪ Este Tribunal ha sostenido que cuando se está ante un caso en que una E.P.S. o el Comité Técnico Científico niegan el suministro de un medicamento por no contar con el registro sanitario expedido por el INVIMA, se debe analizar si el derecho a la salud se encuentra comprometido ante tal negativa.

▪ El juez de tutela no es competente para controvertir la idoneidad de los medicamentos ordenados por un galeno, ya que esta decisión le corresponde a los profesionales de la salud y al Comité Técnico Científico, donde la reserva médica se sustenta en que: (i) el conocimiento médico-científico que puede determinar la necesidad de un tratamiento (criterio de necesidad); (ii) tal conocimiento vincula al médico con el paciente, surgiendo una obligación por parte del primero que genera responsabilidad médica en las decisiones que llegaren a afectar al segundo (criterio de responsabilidad); (iii) el criterio científico debe primar y no es sustituible por el criterio jurídico, para evitar perjuicios en el paciente (criterio de responsabilidad); (iv) lo anterior, no implica que el juez constitucional omita su obligación de amparar los derechos fundamentales del paciente (criterio de proporcionalidad).

▪ En algunos casos la Corte ha autorizado el suministro de medicamentos que no cuentan con el respectivo registro sanitario, siempre y cuando se disponga de la acreditación de la comunidad científica respecto de su idoneidad para tratar ciertas patologías. Empero, todo está sujeto a que se cumplan los parámetros jurisprudenciales de esta Corporación para inaplicar el POS, lo que implica que no se podrán autorizar elementos experimentales cuyos niveles de calidad, seguridad, eficacia y comodidad no estén acreditados.

Sentencia T-105 de Marzo 25 de 2015 (Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado)

Accionado: Sura EPS

Problema jurídico: ¿Se vulneran los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de una persona con una enfermedad autoinmune severa y crónica, cuando su EPS se niega a autorizar y suministrar un medicamento – al no estar aprobado por el INVIMA para tratar esa patología ni incluido en el POS – a pesar de que fue ordenado por su médico tratante?

Fundamento de la decisión:

- La Corte Constitucional ha señalado que en ciertos casos es posible autorizar la entrega de medicamentos que no cuenten con el respectivo registro sanitario.
- La jurisprudencia constitucional se ha acogido al principio de evidencia científica, para así poder establecer si es necesario entregar un determinado medicamento que no cuente que el respectivo registro sanitario.
- El hecho de que un medicamento no haya sido autorizado por el INVIMA, no implica que éste tenga un carácter experimental. Por el contrario, la carencia de registro sanitario tan sólo indica que no se ha producido el trámite ante la autoridad encargada que solicite el registro de ese producto.
- La única manera de controvertir el dictamen del médico es por medio de argumentos científicos y clínicos que desvirtúen su valoración. De esta forma, el Comité Técnico Científico no puede rechazar el suministro de un medicamento sólo por el hecho de no estar aprobado por el INVIMA.
- La Corte ha explicado el alcance de las reglas jurisprudenciales mencionadas. En relación con la primera, concerniente a la amenaza a la vida por la falta de prestación del servicio, esta Corporación ha sostenido que esto debe ser entendido como la amenaza a las condiciones que le permiten al accionante desempeñarse debidamente en su vida. Así las cosas, las afectaciones a la salud deben ser superadas, o por lo menos reducidas, por el medicamento ordenado, con el fin de que se le garantice al paciente el respeto a su dignidad humana.
- Con respecto a la segunda regla enunciada, atinente a que los servicios requeridos no tengan un sustituto en el POS, esta Corporación ha indicado que se debe probar la calidad de los medicamentos solicitados y excluidos del plan de beneficios. En torno a este punto, la Corte ha precisado que si el medicamento pedido por el demandante puede ser reemplazado por otro que provea las mismos o superiores niveles de calidad y efectividad y que esté en incluido en el plan asistencial, no será posible descartar la aplicación del POS.
- El deber de acreditar la falta de capacidad económica para pagar por los medicamentos necesitados por el paciente ha sido asociado con el principio de solidaridad. Lo anterior, dado que las personas cercanas al afectado tienen el deber de hacer su mayor esfuerzo para proveer los recursos necesarios en beneficio del interés general y aportar al equilibrio del sistema. Así, el primero en responder económicamente debe ser el afectado y luego su familia. Si lo anterior no es posible, entonces el Estado debe intervenir para garantizar los derechos de las personas.

▪ Si bien la no inclusión de un medicamento en el INVIMA puede vulnerar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona cuando no existe otro medicamento que pueda tratar la enfermedad con el mismo grado de efectividad y calidad, en el caso presente no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para que la Sala ordene la provisión de un medicamento no incluido en el POS porque no se demostró ausencia de capacidad económica para comprar el medicamento prescrito.

Sentencia T-027 de Enero 23 de 2015 (Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez)

Accionados: Nueva EPS (expedientes T-4384123, T-4387551 y T-4401716) y Salud total EPS (expediente T-4391945 y T-4510422)

Problema jurídico: ¿Las empresas prestadoras de servicios de salud accionadas vulneraron los derechos fundamentales de los actores, al negarse a autorizar la entrega y el suministro de los medicamentos y procedimientos médicos solicitados, bajo la consideración de que éstos no cuentan con registro del INVIMA para el tratamiento de las enfermedades que aquejan a los actores?

Fundamento de la decisión:

▪ Esta Corporación ha indicado en reiterados pronunciamientos que la acreditación de un medicamento como alternativa terapéutica válida para el tratamiento de determinada enfermedad puede ocurrir por dos vías: una, a través del pronunciamiento que sobre el particular efectúa la autoridad sanitaria correspondiente, el INVIMA, la cual constituye la regla general; la otra, es el consenso que exista en la comunidad científica sobre ese mismo particular.

▪ La expedición del registro por parte del INVIMA constituye la acreditación formal del medicamento correspondiente; la informal, estaría dada por la aceptación de la comunidad científica del hecho de que determinado medicamento sirve para tratar una patología en particular. En ausencia de dicha acreditación, se estará entonces en presencia de un medicamento de los denominados *no comprobados* o *en fase experimental*, que son *“aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente”*.

▪ La Corte Constitucional ha sentado una regla jurisprudencial en relación con la posibilidad de que, por la vía de la acción de tutela, sea exigible la entrega de medicamentos que no cuentan con registro sanitario del INVIMA, de acuerdo con la cual, *“será procedente el amparo tutelar cuando quiera que se trate de medicamentos que están acreditados en la comunidad científica respecto de su idoneidad para el tratamiento de determinada patología, y siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos que no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Quedan excluidos entonces los medicamentos experimentales, frente a los cuales no existe suficiente evidencia científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad”*.

▪ Para efectos de verificar si un medicamento cuenta o no con evidencia científica respecto de su idoneidad, resulta de cardinal importancia considerar, en primer lugar, el criterio del

médico tratante, quien es, finalmente, el que cuenta con los conocimientos científicos para establecer si, en determinado caso, el medicamento de que se trata resulta adecuado para el manejo de la enfermedad.

▪ Una vez establecido que determinado medicamento o procedimiento no tiene el carácter de experimental, toda vez que, a pesar de que no cuenta con registro INVIMA, tiene el suficiente respaldo de la comunidad científica para considerarlo idóneo y adecuado para el tratamiento de determinada enfermedad, debe verificarse entonces el cumplimiento de los requisitos generales exigidos para que, por la vía de la acción de tutela, sea posible ordenar la entrega de un medicamento o insumo que no está incluido en el POS.

Sentencia T-302 de Mayo 26 de 2014 (Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez)

Accionado: Salud total EPS

Problema jurídico: ¿La entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, a la seguridad social y a la salud, al negar a la accionante la entrega del medicamento Cellcept Micofenolato Mofetil de 500 miligramos y del ungüento emoliente Hydroclor crema hidratante por 500 gramos, bajo la consideración, en el caso del primero, de que no cuenta con registro del INVIMA y, en el del segundo, de que se trata de un elemento cosmético?

Fundamento de la decisión:

▪ Los usuarios pueden solicitar ante la EPS a la que se encuentren afiliados, el suministro de esos elementos que se encuentran excluidos del POS, siempre que se cumplan una serie de requisitos que han sido establecidos por la Corte Constitucional.

▪ En los términos del artículo 22 del Decreto 677 de 1995, dentro de los documentos que deben ser allegados para efectos de que el INVIMA pueda llevar a cabo la evaluación farmacéutica de un medicamento, es necesario que el interesado aporte la información relacionada con las indicaciones farmacológicas y el uso terapéutico del mismo. De esta manera, las indicaciones de uso aprobadas y consignadas en el registro sanitario dependerán, de un lado, de los estudios médicos que presente el titular del registro y, del otro, de que, agotada la etapa de evaluación correspondiente, el INVIMA encuentre demostrado que el medicamento resulta útil y seguro para el tratamiento de determinada enfermedad.

▪ La jurisprudencia constitucional ha indicado que la acreditación de un medicamento como alternativa terapéutica válida para el tratamiento de determinada enfermedad puede ocurrir por dos vías: una, a través del pronunciamiento que sobre el particular efectúa la autoridad sanitaria correspondiente, que constituiría la regla general; la otra, es el consenso que exista en la comunidad científica sobre ese mismo particular.

▪ La expedición del registro por parte del INVIMA constituye la acreditación formal del medicamento correspondiente; la informal, estaría dada por la aceptación de la comunidad científica del hecho de que determinado medicamento sirve para tratar una patología en particular. En ausencia de dicha acreditación, se estará entonces en presencia de un medicamento de los denominados *no comprobados* o *en fase experimental*.

▪ Será procedente el amparo tutelar cuando quiera que se trate de medicamentos que están acreditados en la comunidad científica respecto de su idoneidad para el tratamiento de

determinada patología, y siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos que no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Quedan excluidos entonces los medicamentos experimentales, frente a los cuales no existe suficiente evidencia científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad.

- La Corte Constitucional ha indicado que para efectos de verificar si un medicamento cuenta o no con evidencia científica respecto de su idoneidad, resulta de cardinal importancia considerar, en primer lugar, el criterio del médico tratante, quien es, finalmente, el que cuenta con los conocimientos científicos para establecer si, en determinado caso, el medicamento de que se trata resulta adecuado para el manejo de la enfermedad.

- El concepto del médico tratante resulta ser un criterio fundamental para efectos de establecer si determinado medicamento cuenta o no con evidencia científica respecto de su efectividad, en tanto es ese profesional quien tiene los conocimientos médicos generales y fácticos particulares que le permiten determinar la necesidad del medicamento para el caso concreto. Esto no significa que este concepto no pueda ser refutado, sino que cualquier controversia que se pretenda plantear por la EPS en relación con este tema, deberá estar fundada en razones técnicas y científicas que vayan más allá de la simple constatación de que el medicamento no tiene el registro sanitario del INVIMA.

Aclaración de voto (Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo):

- Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala de Revisión en el caso que se estudia, considero que el juez de tutela debe ante la ausencia de material probatorio aplicar las fórmulas que por vía jurisprudencial se han decantado como son: los poderes oficiosos, la carga dinámica de la prueba, criterios de flexibilización probatoria, y la aplicación de la lógica de lo razonable de conformidad con las reglas de la experiencia y la sana crítica.

- En el caso en concreto supeditar a la entidad accionada a controvertir la capacidad económica de la accionante resulta desproporcionado, pues nunca fue alegado dentro de los hechos de la tutela que sus ingresos no le permiten adquirir el medicamento, luego, desplazar la carga probatoria a efectos de refutar lo que nunca fue manifestado, presumir hechos de un afiliado al régimen contributivo e imponerle a la EPS la obligación de demostrar hechos personales e íntimos que solo incumben al actor, obra en contravía de una las reglas cimeras del “*onus probandi*”, conocida como la carga dinámica de la prueba, según la cual la parte que está en mayor disposición de acreditar un hecho, porque le incumbe, porque es la que mejor lo conoce o porque hace parte de circunstancias que mayormente solo a ella interesan, o que privadamente maneja, es la que tiene el deber o la carga de demostrarlo sin que al efecto quepa establecer presunciones que por las razones antes dichas a la parte contraria le resulta en extremo difícil desvirtuar.

Sentencia T-061 de Febrero 03 de 2014 (Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla)

Accionados: Salud total EPS. Laboratorio farmacéutico Productos Roche, Comisión de regulación en salud CREG e Instituto nacional de vigilancia de medicamentos y alimentos INVIMA (expediente T-4054261) y Coomeva EPS (expediente T-4055028)

Problema jurídico: ¿Los derechos invocados por Blanca Alicia Carvajal Díaz, obrando en nombre propio, en acción dirigida contra Salud Total EPS; y por la Defensora del Pueblo, Seccional Cesar, en calidad de agente oficiosa de Carmen Elvinia Salas Rodríguez, contra Coomeva EPS, fueron vulnerados por la negativa de las entidades demandadas a autorizar la entrega de medicamentos prescritos por los médicos tratantes?

Fundamento de la decisión:

- No todas las prestaciones ordenadas por el médico tratante podrán ser objeto de tutela, puesto que para que sea procedente la orden de suministrar un servicio no incluido en el POS, el juez deberá verificar el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales mencionados en la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008.
- La jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que la prestación médica ordenada puede o no estar dentro del Plan Obligatorio de Salud, ha determinado que, en principio, debe ser prescrita por el galeno tratante, quien conoce al paciente y está adscrito a la respectiva empresa prestadora de salud. No obstante, la EPS correspondiente puede estar obligada a acoger la prescripción de un médico no adscrito a ella, si la entidad tiene noticia de dicha fórmula médica y no la descartó con base en información científica, pues la falta de adscripción de un profesional calificado no ha de constituir una barrera para acceder a los servicios de salud requeridos.
- Una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse en una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada.
- El suministro de medicamentos que no están registrados en INVIMA, o que están en etapa experimental, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso específico.
- Esta Corte ha ordenado el suministro de medicamentos que no tienen registro sanitario, constituyendo así una línea jurisprudencial en la cual se otorga la correspondiente supremacía a la Constitución Política sobre normas legales y reglamentarias, en la imperativa defensa de los derechos fundamentales.
- La Corte Constitucional ha definido bajo qué parámetros se puede autorizar el suministro de medicamentos que no estén incluidos en el POS y carezcan del registro específico en INVIMA, indicando que: i) la exclusión ha de amenazar verdaderamente los derechos constitucionales fundamentales del afiliado al sistema, (ii) el medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro con la misma efectividad, que sí esté relacionado en el POS, (iii) el paciente no pueda sufragar su costo, y (iv) que, por lo general, haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.

Salvamento parcial de voto (Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub):

- En el estudio del caso concreto, así como en la parte resolutive de dicho expediente, la Sala sólo se refirió al medicamento y atención integral que debe autorizar y prestar la EPS demandada, pero no hizo alusión a los gastos de transporte y viáticos que también fueron solicitados, y que debieron ser estudiados de manera individual y concedidos o negados de manera independiente del tratamiento integral de la accionante.

Sentencia T-939 de Diciembre 16 de 2013 (Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez)

Accionado: Alianza Medellín Antioquia EPS

Problema jurídico: ¿Una EPS vulnera el derecho a la salud, la vida y la seguridad social de un paciente, al negarse a suministrarle un fármaco ordenado por su médico tratante, que se encuentra excluido del POS y no aprobado por el INVIMA para el tratamiento de la patología que este padece?

Fundamento de la decisión:

- En principio, es necesario hacer referencia a la posibilidad de endilgar el suministro un medicamento o prestación no POS a una EPS; sobre este tema son múltiples las sentencias que han definidos criterios a tener en cuenta para ordenar dichos beneficios, los cuales se pueden resumir así: 1. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales del paciente. 2. Que la prestación no pueda ser sustituida por otra incluida en el POS. 3. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo. 4. Que se cuente con la prescripción del médico tratante adscrito a esa EPS.
- Por regla general, un medicamento sin registro INVIMA para el tratamiento de determinada patología no puede prescribirse ni aplicarse a un paciente que la padezca, pues sería ignorar la postura del organismo nacional calificado para pronunciarse al respecto; no obstante, en particulares situaciones los profesionales de la medicina ordenan la aplicación o ingesta de una droga para un padecimiento no incluido entre las indicaciones farmacológicas de la misma, pero que, según el concepto del médico tratante y evidencia científica, puede resultar una alternativa para el alivio o la cura necesitada; esto se conoce como “*segundo uso*”, “*uso fuera de la indicación*” o, en inglés, “*off label*”.
- Cuando una EPS se niega a suministrar el medicamento bajo el argumento de que no se encuentra aprobado por el INVIMA el uso de ese fármaco para el tratamiento de esa enfermedad (segundo uso), el juez de tutela, deberá analizar los conceptos científicos que existen alrededor del tema y determinar: (i) si en la comunidad médica se considera pertinente y eficiente el segundo uso para ese medicamento, (ii) que no se encuentre en fase experimental y (iii) que haya evidencia sobre su aplicación con resultados favorables en casos similares; adicionalmente, deberá comprobar (iv) que no existe otra alternativa con registro INVIMA que produzca los mismo efectos que se esperan con el medicamento ordenado en primer momento; para ello ha de valerse de los conceptos del médico tratante y de la comunidad médica en general que sean consultados.
- Luego del análisis de los puntos anteriormente planteados, si el juez lo considera pertinente, ordenará el suministro del medicamento en cuestión bajo las precauciones necesarias que el médico tratante determine, no sin antes haberse asegurado que existe la suficiente evidencia científica sobre ese segundo uso.

Sentencia T-539 de Agosto 16 de 2013 (Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Accionado: Salud total EPS

Problema jurídico: ¿Salud Total EPS vulneró los derechos a la vida, a la seguridad social, a la salud y a la vida digna de los tutelantes al negar el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud –POS-, en razón a que la prescripción del médico tratante no coincide con las indicaciones terapéuticas aprobadas por el Invima en el registro sanitario otorgado a los medicamentos?

Fundamento de la decisión:

▪ La Corte ha entendido que se infringen los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, cuando la entidad encargada de garantizar la prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y, en general, cualquier servicio de salud no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud –POS-, siempre y cuando la provisión de los mismos se torne indispensable para garantizar a quien los solicita el cumplimiento de las exigencias mínimas de la dignidad humana, en razón a la patología que padece.

▪ Las EPS antes de inaplicar la normativa que reglamenta las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, deben verificar las subreglas de procedencia para los medicamentos o servicios no contemplados en el POS, fijadas por la jurisprudencia constitucional:

- Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios, vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal.

- Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan.

- Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

- Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halle afiliado el demandante, o que, si bien fuere prescrito por un médico externo no vinculado formalmente a la EPS, porque dicha entidad, que conoce la historia clínica particular de la persona al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en criterios médico- científicos.

▪ Cumplidas estas condiciones, la EPS se encuentra obligada a entregar el medicamento, realizar la prueba diagnóstica o ejecutar la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante, de forma oportuna, eficiente y con calidad. La EPS puede a su vez, con el fin de preservar el equilibrio financiero, solicitar el reembolso de las sumas pagadas por los servicios prestados o los medicamentos entregados, cuyo costo no estaba obligada a asumir, y para ello puede repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-.

▪ En el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad.

▪ Específicamente, el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o

tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología.

▪ El médico tratante, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la controvertió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista”.

▪ Las entidades prestadoras de salud tienen el deber de autorizar de manera inmediata servicios de salud y/o medicamentos no incluidos en el plan de beneficios, sin someter su suministro a previa autorización del Comité Técnico Científico o de la Junta Técnico-Científica de Pares, cuando conforme a lo dispuesto por el médico tratante, se requieran de forma urgente para salvaguardar la vida y/o la integridad del paciente afectado, sin perjuicio de la revisión posterior por parte de dichas entidades.

▪ Los laboratorios o la industria fabricante del medicamento, son los únicos facultados para presentar protocolos de investigación, a fin de ampliar o modificar el registro sanitario expedido por el Invima. Queda a discrecionalidad de estos, la presentación de la solicitud de ampliación de las indicaciones de uso de un medicamento.

▪ De acuerdo con las subreglas fijadas por la jurisprudencia constitucional, procede la tutela para el suministro de medicamentos no contemplados en el POS sin registro sanitario “en fase experimental” cuando la persona requiera el suministro del medicamento. Este suministro se subdivide en 3 componentes:

(a) Se acredite que la persona padezca de una enfermedad

(b) Que se hayan agotado los medicamentos sustitutos en el POS para el manejo de la afección, sin respuesta favorable.

(c) El medicamento haya sido autorizado por el médico tratante basado en:

- Evidencia médico-científica de la comunidad médica internacional que respalde la efectividad del medicamento en el tratamiento de la patología.

- Justificación médica al caso concreto del paciente.

(d) La persona no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento.

▪ Estas subreglas son aplicables al caso de prescripción de medicamentos indicados en registro sanitario para patologías diferentes a las de los tutelantes, por cuanto ambos casos comparten los siguientes elementos: i) no hay autorización del Invima para usar el medicamento y ii) existe orden del médico tratante basada en evidencia médica.

Sentencia T-425 de Julio 10 de 2013 (Magistrada ponente María Victoria Calle Correa)

Accionado: Salud total EPS

Problema jurídico: ¿Vulnera una empresa promotora de salud (Salud Total EPS) el derecho fundamental a la salud de una menor (la niña Mini Nadime Agames Muñiz), quien padece una enfermedad (*anemia falciforme*), al negarle el suministro de un medicamento prescrito

por la médica tratante adscrita a la entidad accionada (*hidroxiurea cap. *500 mg.*), bajo el argumento de que por no estar incluido en el POS, debía someterse a la aprobación del Comité Técnico Científico y este rechazó el suministro, porque la prescripción del medicamento, no coincide con las indicaciones terapéuticas aprobadas por el INVIMA en el registro sanitario otorgado al producto?

Fundamento de la decisión:

▪ La Corte Constitucional ha resuelto problemas jurídicos similares señalando que, en principio, debe prevalecer el criterio del médico tratante respecto de la idoneidad del tratamiento médico que se le debe prestar a las personas, porque este es el profesional que cuenta con los conocimientos médico científicos y que conoce el estado de salud del paciente. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación también ha señalado que un Comité Técnico Científico puede oponerse al suministro de un medicamento prescrito por un médico tratante, cuando cuenta con conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión que, con base en un conocimiento completo y suficiente de un caso específico, consideran lo contrario.

▪ Como además la entidad accionada ha argumentado en sus respuestas que en el caso objeto de estudio existe un conflicto médico-científico ajeno completamente a la competencia de un juez de tutela, la Sala de Revisión debe precisar que aunque el juez constitucional no tiene competencia para determinar la idoneidad de un medicamento o tratamiento, ya que este es un asunto que debe ser decidido por médicos especialistas, que prestan su concurso en casos como este, para que sus voces expertas, sean oídas en sede judicial, lo que en esta oportunidad se debate es si el Comité Técnico Científico puede negar el suministro de un medicamento que fue prescrito por la médica tratante únicamente porque en su registro sanitario no está incluido el uso terapéutico para el tratamiento de la *anemia falciforme*.

▪ Una empresa promotora de salud vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona que padece una enfermedad grave, al negarle el suministro de un medicamento prescrito por el médico tratante adscrito a la entidad accionada, bajo el argumento de que en el registro INVIMA no está contemplado su uso terapéutico para el tratamiento de dicha enfermedad, si esta decisión no se fundamenta en criterios médico-científicos sustentados en mejor información. Esta vulneración es especialmente grave, si la persona que tiene afectada gravemente su salud es una menor de edad.

Salvamento de voto (Magistrado Mauricio Gonzalez Cuervo):

▪ Le corresponde al INVIMA, en calidad de organismo de carácter científico y tecnológico encargado del régimen de control de calidad, del régimen de vigilancia sanitaria de medicamentos y del registro y licencias; y al Comité Técnico Científico de la EPS, decidir si resulta adecuado suministrar este tipo de medicinas que no cuentan con registro, con fundamento en razones técnicas y científicas, que garanticen el derecho a la salud del paciente.

▪ En el caso concreto, el CTC vulneró el derecho al diagnóstico al negar el suministro del medicamento referido, bajo el único argumento que la medicina prescrita no tiene registro del INVIMA para la enfermedad de la paciente. Por consiguiente, considero que procede el amparo de la menor, pero contrario a lo expuesto por la Sala, no mediante el suministro del

medicamento, sino requiriendo al CTC para que evalué la situación particular de la accionante, con el objeto de determinar si existen tratamientos alternativos o si de acuerdo a los estudios científicos resultaría procedente el suministro de dicho medicamento.

Sentencia T-042 de Enero 28 de 2013 (Magistrado ponente Mauricio González Cuervo)

Accionado: Salud total EPS

Problema jurídico: ¿La entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social del accionante al negarse a suministrar un medicamento denominado “*micofenolato de mofetilo*” prescrito por el médico tratante, con el argumento no se encuentra incluido en el POS y no cuenta con el registro sanitario del INVIMA para tratar el diagnóstico de lupus eritematoso sistémico que padece?

Fundamento de la decisión:

- Ha establecido la jurisprudencia constitucional que las prestaciones en salud que han sido ordenadas por un médico tratante, entre las cuales se encuentra el diagnóstico, los tratamientos y exámenes, adquieren un carácter fundamental respecto del paciente, al estar basadas y determinadas a partir del criterio científico y objetivo del profesional, para resguardar el derecho a la salud, pues es el profesional de la salud el competente para indicar el tratamiento necesario para proteger o recuperar la salud del paciente.
- De ahí que todos los servicios ordenados por el médico tratante que no hayan sido autorizados por la EPS, podrán ser objeto de la acción de tutela, cuando estos estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Empero también resulta procedente que, por vía de amparo, se ordene suministrar una prestación excluida del POS, inaplicando su contenido cuando en el caso concreto se verifica que la negativa de prestar un servicio médico tiene una incidencia directa con la vida o la dignidad de un paciente.
- Ha establecido la jurisprudencia constitucional ciertas reglas para la inaplicación de las disposiciones del POS, como son: i) que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, iv) la ausencia de dichos medicamentos pone en riesgo la vida digna e integridad del paciente.
- El CTC tiene la obligación de informar las consecuencias médicas del tratamiento prescrito por fuera del POS y que no cuenta con el registro del INVIMA, después de lo cual los pacientes deben manifestar su consentimiento informado.
- En desarrollo de la jurisprudencia constitucional y en reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha establecido que cuando se está ante un caso en que la entidad promotora de salud o el Comité Técnico Científico niegan el suministro de un medicamento por no contar con el registro sanitario expedido por el INVIMA, se debe evaluar si el derecho a la salud se encuentra comprometido con dicha negativa.
- También ha reiterado esta Corporación que el juez constitucional no es competente para controvertir la idoneidad de los tratamientos médicos o medicamentos prescritos, pues ésta decisión sólo corresponde a los médicos y el Comité Técnico Científico, pues la *reserva*

médica se sustenta en: (i) el conocimiento médico-científico que puede establecer la *necesidad* de un tratamiento o medicamento (criterio de necesidad); (ii) dicho conocimiento vincula al médico con el paciente, de forma tal que surge una obligación por parte del primero que genera responsabilidad médica en las decisiones que afecten al segundo (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento científico debe primar y no es sustituible por el criterio jurídico, para evitar perjuicios en el paciente (criterio de responsabilidad) y, (iv) sin que lo anterior implique que el juez constitucional omita su obligación de proteger los derechos fundamentales del paciente (criterio de proporcionalidad).

▪ La jurisprudencia constitucional ha señalado con respecto a los medicamentos No POS que carezcan de registro de INVIMA, que el juez de tutela no puede: (i) ordenar una medicina que se encuentre en etapa experimental y (ii) se debe evitar el grave riesgo en la vida del paciente, por lo tanto, es necesario evaluar la prescripción del médico tratante por medio de criterios científicos.

▪ La jurisprudencia constitucional ha consagrado el cumplimiento de ciertos requisitos con el fin de ordenar el suministro de un medicamento No POS. Entre dichos requisitos se encuentra el referido a que no haya un medicamento incluido en el POS sustituto, es decir, que cumpla con la misma función. Por otra parte, cuando se trata de ordenar el suministro de un medicamento que no tiene registro INVIMA es necesario demostrar que no existe otra alternativa médica y que hay suficiente evidencia científica sobre la calidad, seguridad, eficiencia y comodidad de la medicina prescrita.

▪ No constituye una vulneración de los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social cuando una entidad promotora de salud omite autorizar el suministro de medicamento denominado “*micofenolato de mofetilo*”, excluido del Plan Obligatorio de Salud que además no tiene registro sanitario del INVIMA para tratar la enfermedad de lupus eritematoso sistémico que padece el accionante y que tiene unos sustitutos incluidos en POS, que a la fecha se le están suministrando para tratar la enfermedad que padece. Por lo demás no existen pruebas técnico-científicas que permitan al juez de tutela dilucidar si otorgar el medicamento que solicita sea más gravoso para su estado de salud.

▪ Se niega el amparo de los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social, cuando no se cumplen con los presupuestos jurisprudenciales para inaplicar las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud respecto a la exclusión del medicamento solicitado, aprobado por el INVIMA sólo para tratar determinadas enfermedades, dentro de las cuales no se encuentra la que padece el actor –lupus eritematoso sistemático–, en la medida en que la decisión de la EPS de entregar el servicio médico está justificado en el criterio científico y técnico del Comité Técnico Científico, quienes determinaron la imposibilidad de prescribir y entregar el medicamento.

Sentencia T-418 de Mayo 17 de 2011 (Magistrada ponente Maria Victoria Calle Correa)

Accionado: Comfenalco Valle EPS

Problema jurídico: ¿Viola una EPS el derecho a la salud de una persona al negarse a autorizar el acceso a un medicamento que requiere (un servicio de salud), de acuerdo con el concepto del médico tratante, teniendo en cuenta (i) que el Comité Técnico Científico

considera que existe una alternativa al medicamento sugerido en el POS, y (ii) que el medicamento en cuestión no tiene registro del INVIMA?

Fundamento de la decisión:

▪ Que un medicamento se encuentre o no en fase experimental es una cuestión técnica y científica, no jurídica o administrativa. La decisión de si una persona requiere o no un medicamento, se funda, como se dijo, en las consideraciones de carácter médico especializado, pero aplicado al caso concreto, a la individualidad biológica de una determinada persona. No puede considerarse que una persona no ‘requiere’ un medicamento, a pesar de las consideraciones científicas del médico tratante, fundadas en la efectividad constatada y reconocida por la comunidad médica, por ejemplo, por el hecho de que el proceso de aprobación y autorización para comercializar el medicamento en el país no se han cumplido una serie de trámites administrativos.

▪ En términos de la jurisprudencia, el derecho a la salud de una persona implica que se le garantice el acceso a un medicamento que requiere, así no cuente con registro del INVIMA, si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano.

▪ Una de las exigencias que la jurisprudencia constitucional ha resaltado de la regulación, en cuanto a la posibilidad de suministrar medicamentos que no se encuentran incluidos dentro de los planes de servicios, es que no se trate de un medicamento experimental. Como se indicó, toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a medicamentos cuya *calidad, seguridad, eficacia y comodidad*, sea comprobada. En tal medida, un medicamento experimental no garantiza con certeza suficiente el goce efectivo del derecho a la salud. Por tanto, no puede considerarse que se trate de un servicio de salud que se *requiera*. Por tanto, nadie tiene el derecho constitucional de acceder a un medicamento que es experimental. Se trata entonces otra vez, del principio de evidencia científica, antes mencionado, según el cual, si un servicio se requiere o no, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso concreto y específico.

▪ La jurisprudencia ha especificado que en la medida que el fundamento de la decisión médica debe partir de la información objetiva con que se cuente, el hecho de que un medicamento no haya sido aprobado por el INVIMA para ser comercializado nacionalmente, no implica que el mismo tenga carácter experimental. Si un medicamento tiene o no tal condición, no depende de los procedimientos administrativos que se estén adelantando, sino de la mejor evidencia con que cuente la comunidad médica y científica al respecto.

▪ Cuando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento, como se indicó, su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter. Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto de la persona de que se trate, podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico tratante. Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible.

▪ En resumen, (i) toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios que requiera; (ii) el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, son los criterios mínimos para establecer si un servicio de salud se requiere; (iii) cuando el servicio de salud que se requiera es un medicamento, este deber ser ordenado de acuerdo con su principio activo, salvo casos excepcionales y (iv) los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando se requieran, con base en la mejor evidencia científica disponible.

▪ Aunque en principio el médico tratante debe atenerse al momento de recetar a los medicamentos comercializados nacionalmente, puede excepcionalmente recurrir a algunos que aún no hayan sido aprobados, siempre y cuando (i) no exista una alternativa medicinal, sí contemplada y (ii) exista evidencia científica suficiente en la comunidad médica acerca de la *calidad, seguridad, eficacia y comodidad* del medicamento en cuestión. Es decir, supone la carga de mostrar que el servicio de salud no es experimental, que sí ha sido probado y demostrado, aunque aún no haya sido aprobado formal y legalmente, y que lo requiere la persona a la que se le recetó. Usualmente, muchos de estos medicamentos han surgido en otros países, han sido aprobados por ciertas instituciones de reconocimiento internacional que se usan como referencias globalmente, pero aún no han culminado el proceso formal de aprobación nacional. El dilema constitucional respecto a qué hacer cuando una persona requiere un medicamento no autorizado aún por el INVIMA, como se indicó, ha sido abordado por la jurisprudencia, estableciendo los criterios y parámetros bajo los cuales es posible establecer cuándo es razonable adoptar tal decisión.

▪ Al responder su solicitud, el Comité Técnico Científico decidió no autorizar la solicitud de su médico tratante, por considerar que existe un medicamento para tratar el cáncer, equivalente al recetado, dentro del plan de servicios. En la medida que la medicina no había sido ordenada para tratar ningún tipo de cáncer, sino para un asunto oftalmológico, es claro que el Comité no prestó atención a la solicitud hecha por el médico tratante. No valoró la evidencia científica aplicada al caso concreto, sino que respondió la cuestión en abstracto, sin ser sensible a los derechos de la accionante. La orden médica impartida, consideraba el segundo uso de la droga recetada, en el caso de la afección ocular de la accionante, no el primer y original uso para el cáncer. En la medida que el medicamento por el cual el Comité Técnico Científico reemplaza el ordenado sirve es para cáncer, y no se conocen aplicaciones secundarias favorables para los ojos, se ha de considerar que el suministro de Cisplatino en sustitución del Bevacizumab (Avastin) en principio es la decisión razonable, pero no cuando la persona que lo requiere no padece cáncer sino una afección ocular, como la de la paciente.

▪ De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la sala reitera que: (i) toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios que requiera; (ii) el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, son los criterios mínimos para establecer si un servicio de salud se requiere; (iii) cuando el servicio de salud que se requiera es un medicamento, este deber ser ordenado de acuerdo con su principio activo, salvo casos excepcionales; (iv) los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando se requieran, con base en la mejor evidencia científica disponible; y (v) los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud

para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo. Específicamente, la Sala reitera que (vi) la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida de los planes de servicios, por considerar que se requiere, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (1) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (2) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario. En tal sentido (vii) Es irrazonable desconocer el concepto del médico tratante únicamente por razones formales [concretamente, porque no está en el plan de servicios o porque su comercialización amplia y general no ha sido autorizada oficialmente aún en el país], especialmente sí el médico se fundó en la mejor evidencia científica y médica disponible, aplicada al caso concreto de la persona de que se trate. Adicionalmente, la Sala concluye que (viii) obstaculizar el acceso a los medicamentos que se requieren y han demostrado ser de *calidad, seguridad, eficacia y comodidad*, es especialmente violatorio del derecho a la salud cuando, además, representan una alternativa significativamente mejor en términos económicos.

Salvamento de voto (Magistrado Mauricio Gonzalez Cuervo):

- En la jurisprudencia constitucional se ha establecido el cumplimiento de ciertos requisitos con el fin de ordenar el suministro de un medicamento no POS. Entre dichos requisitos se encuentra el referido a que no haya un medicamento o tratamiento incluido dentro del POS que cumpla con la misma función. Por otra parte, cuando se trata de ordenar el suministro de un medicamento que no tiene registro INVIMA es necesario demostrar que no existe otra alternativa médica y que hay suficiente evidencia científica sobre la calidad, seguridad, eficiencia y comodidad.
- En mi opinión ninguno de estos requisitos se cumple en el presente caso. En primer lugar, en el concepto emitido por la Universidad del Rosario se evidencia que el tratamiento comprobado con estudios clínicos para tratar la patología de la accionante - edema macular diabético- es la fotocoagulación con láser, es decir que existe un tratamiento que, con independencia de su inclusión en el POS, tiene aprobación del INVIMA y puede ser utilizado para tratar la patología que aqueja a la accionante. En segundo lugar, pese a existir una buena cantidad de conceptos que avalan el uso del ADVASTIN para tratamientos oftalmológicos, el INVIMA en su momento emitió una alerta frente al uso de este medicamento para tratar afecciones oculares, pues se presentaron efectos adversos en 25 casos. Pese a que esta alerta más adelante fue levantada aún no cuenta con la autorización por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos para ser utilizado en este tipo de tratamientos.
- Cuando de acuerdo con la evidencia medica aportada el tratamiento alternativo autorizado sí existe, los jueces no podrían, sin desconocer las competencias de un organismo científico creado específicamente para ello, autorizar el suministro de un medicamento no autorizado.

Sentencia T-706 de Septiembre 06 de 2010 (Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Accionados: Dirección Seccional del Cesar (expediente T-2632974) y Nueva EPS (expediente T-2639293)

Problema jurídico: ¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud de los actores, al negarles la entrega de los medicamentos prescritos por sus médicos tratantes, que requieren para mitigar las enfermedades que padecen, bajo la consideración de que, en un caso, un medicamento fue cambiado por uno genérico y, en el otro, no se encuentra incluido en el POS y no cuenta con el registro del INVIMA?

Fundamento de la decisión:

- En cuanto a la orden de entrega de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud y que no cuentan con el registro del INVIMA, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha inaplicado las normas legales, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos para ordenar su entrega: “(i) que la exclusión amenaza sus derechos fundamentales, (ii) que el medicamento no puede ser reemplazado por uno que esté contemplado en el POS y que tenga igual efectividad, (iii) que el paciente no puede asumir el costo del mismo y (iv) que haya sido prescrito por un médico de la EPS a la cual está afiliado.” Así las cosas, la Sala considera que dichos requisitos pueden hacerse extensivos a los denominados preparados magistrales, que ordenan los médicos.
- El médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad. Además, como consecuencia de la aplicación de los métodos científicos, el galeno adquiere un compromiso responsable, leal y auténtico para con su paciente. Así las cosas, dadas las disposiciones jurídicas que reglamentan la profesión de la medicina, se puede afirmar que sólo a estos les compete ordenar los tratamientos médicos que a bien consideren.
- El concepto del médico tratante es, entonces, el criterio que se debe tener en cuenta para establecer si se requiere un servicio de salud y ello en razón de que tiene el deber de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes, generándose, en consecuencia, una responsabilidad por los tratamientos y medicamentos que prescriban para el efecto.
- Los Comités Técnico Científicos deben evaluar cada caso en particular, para que el criterio médico sobre un tratamiento en particular no sea subjetivo o caprichoso, sino que, por el contrario, las prescripciones médicas que ordenan servicios por fuera del POS, realmente obedezcan a la necesidad de ordenar un medicamento específico, requerido por una persona para el restablecimiento de su salud.
- A los médicos tratantes les asiste la responsabilidad de realizar el procedimiento establecido por el Ministerio de la Protección Social en la Resolución No. 3099 de 2008, que hace referencia a los Comités Técnico Científicos, cuando, a su juicio, y teniendo en cuenta los criterios que allí se indican, se deben suministrar prestaciones orientadas a implementar medidas curativas y de rehabilitación para sus pacientes. Para tal efecto, los facultativos deben aplicar sus conocimientos científicos y la ética médica, en todas sus actuaciones profesionales. De igual forma, tienen la obligación de informar las consecuencias médicas del tratamiento prescrito por fuera del POS y que, además, no cuenta con el registro del INVIMA, después de lo cual los pacientes deben manifestar su consentimiento.

Sentencia T-260A de Abril 02 de 2009 (Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla)

Accionado: Sanitas EPS

Problema jurídico: ¿Al actor se le han vulnerado los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal, como lo aduce, al negarle la EPS accionada el medicamento “*ácido all transretinoico*” prescrito por el médico tratante, adscrito a la EPS SANITAS, por padecer Leucemia Promielocítica Aguda?

Fundamento de la decisión:

- Esta Corte ha definido subreglas precisas, que el Juez de tutela observará cuando frente a medicamentos, procedimientos e intervenciones excluidos del POS, pero indispensables en la preservación o recuperación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o realización. En tal sentido, en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte indicó que La acción de tutela es procedente para lograr una orden de amparo en este ámbito, cuando concurren las siguientes condiciones:
1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.
2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.
3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.
- En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos o tratamientos, esta corporación ha indicado en reiteradas oportunidades que no es una cuestión ‘*cuantitativa*’ sino ‘*cualitativa*’, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre, así como de las obligaciones que sobre él pesen.
- Antes de prescribir un medicamento se debe constatar que se encuentre debidamente autorizado por el INVIMA, de modo que se permita al usuario suponer la eficacia del fármaco y augurar la recuperación de la salud por ese medio reconocido y aceptable científicamente.

Sentencia T-1214 de Diciembre 05 de 2008 (Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto)

Accionado: Sanitas EPS

Problema jurídico: ¿La EPS SANITAS ha vulnerado los derechos fundamentales del señor Martín Honorio Suárez Parra, al no suministrarle un medicamento ordenado por el médico tratante, para su patología de PSEUDOTUMOR ORBITARIO?

Fundamento de la decisión:

- En relación con los medicamentos la Corte Constitucional ha establecido reglas jurisprudenciales en virtud de las cuales el juez constitucional puede ordenar el reconocimiento de medicamentos, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:
a) Que la falta del medicamento, excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas amenace, vulnere los

derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte, sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna.

b) Que el medicamento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el plan.

c) Que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento requerido.

d) Que el medicamento requerido haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.

▪ Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no es llamado a decidir sobre la idoneidad de los mismos.

▪ La decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).

▪ De la jurisprudencia de la Corte respecto de medicamentos no POS, en caso de que los mismos carezcan de registro INVIMA, es claro que para conceder el amparo por vía de tutela, la negativa de suministro debe poner en grave riesgo la vida del paciente, así como también, debe estar acreditado por el médico tratante adscrito a la EPS que el medicamento es el único que puede producir efectos favorables en el paciente y que no se trata de una droga en etapa experimental; lo cual se presume, si el médico tratante prescribe el medicamento y el diagnóstico no es controvertido en dicho sentido. Por último, se debe verificar que el paciente carezca de capacidad de pago para asumir el costo del mismo.

▪ La idoneidad del medicamento puede ser determinada por el médico tratante y no por el INVIMA de manera excluyente. En general, el INVIMA expide el registro relativo a los medicamentos cuyo alcance en la práctica es autorizar su producción, envase y comercialización. No obstante, la idoneidad del mismo, como se dijo más arriba, depende en gran medida de criterios médico-científicos, de los cuales es titular no sólo el INVIMA sino principalmente el personal médico.

▪ La Sala reconoce tal como lo ha señalado la jurisprudencia, que el alcance del registro del INVIMA no puede interpretarse como un criterio excluyente sobre la idoneidad de los medicamentos. Por el contrario, sobre la mencionada idoneidad decide también el personal médico. Por ello, no resulta una justificación suficiente que un medicamento prescrito por el médico tratante, no se suministre al paciente porque carece de registro del INVIMA. Ello significaría desconocer la competencia normativa otorgada a los médicos en relación con la posibilidad y el deber de prescribir medicación y tratamientos necesarios y adecuados según el estado de salud de sus pacientes.

Sentencia T-1328 de Diciembre 15 de 2005 (Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto)

Accionado: Sanitas EPS

Problema jurídico: ¿E.P.S. Sanitas vulnera los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social del ciudadano Jorge Enrique Monzón Cabezas, al negarse a suministrarle el medicamento THYROGEN AMPOLLAS 0.9 MG. (TSH RECOMNINATE), formulado a éste por médico nuclear adscrito a dicha entidad, en razón a que padece cáncer papilar de tiroides metastásico a cerebro y pulmón. Lo anterior, bajo el argumento de que dicha droga no cuenta con el correspondiente registro en el INVIMA?

Fundamento de la decisión:

▪ Las entidades promotoras de salud están en la obligación de suministrar a sus afiliados los medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud siempre y cuando la provisión de los mismos se torne indispensable para garantizar a quien los solicita el cumplimiento de las exigencias mínimas de la dignidad humana en un momento dado. Sin embargo, antes de inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, se debe verificar si se presentan las condiciones determinadas por la jurisprudencia constitucional, a saber:

- Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal del interesado o a la vida digna, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

- Que se trate de un medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

- Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

- Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Cumplidas estas condiciones, la E.P.S. se encuentra obligada a prestar el servicio, y con el fin de preservar el equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA.

▪ Con relación a los medicamentos que, además de no estar cubiertos por Plan Obligatorio de Salud, no cuentan con registro en el INVIMA para su producción, envase y comercialización, y que indefectiblemente resultan necesarios para hacer eficaz la protección del derecho a la salud del paciente, esta Corporación ha expuesto consideraciones adicionales: *“para conceder el amparo por vía de tutela, la negativa de suministro debe poner en grave riesgo la vida del paciente, debe estar acreditado por el médico tratante adscrito a la EPS que ese medicamento es el único que puede producir efectos favorables en el paciente, que no se trata de una droga en etapa experimental y por último, que el paciente carezca de capacidad de pago para asumir el costo del mismo”*.

Sentencia T-945 de Octubre 01 de 2004 (Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil)

Accionado: Saludcoop EPS

Problema jurídico: ¿Los derechos a la vida, la salud y la seguridad social, invocados por la señora Migdalia Toledo Arias, fueron vulnerados por la entidad accionada, al negar el medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O. prescrito por su médico tratante, argumentando que el mismo se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud?

Fundamento de la decisión:

▪ La jurisprudencia Constitucional, en virtud de la supremacía de la Constitución Política, ha venido inaplicando las disposiciones que excluyen el reconocimiento de ciertos tratamientos, procedimientos clínicos o medicamentos, para ordenar que sean suministrados, cuando éstos han sido prescritos a los usuarios del servicio como única garantía para lograr el restablecimiento de la salud y, por tanto, para asegurarles la subsistencia en condiciones dignas.

▪ Considerando que la acción de tutela ha sido instituida para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales, esta Corporación ha establecido las reglas que permiten determinar la procedibilidad de la misma para proteger el derecho a la salud, es decir, en aquellos eventos en los que, con su desconocimiento se amenace también uno o varios derechos que tengan la condición *jus fundamental*; a saber:

1- En primera instancia, es necesario establecer si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS -Plan Obligatorio de Salud-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado, *“pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos”*.

2- Así mismo, se debe determinar que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS -Plan Obligatorio de Salud- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, *“siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente”*.

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS -Empresa Promotora de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario

▪ De la comunicación allegada por el INVIMA, se concluye que el medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O., tal y como fue prescrito por el médico tratante de la accionante, es decir, como principio activo para el tratamiento de la cistitis crónica, no está aprobado en Colombia para su expendio y comercialización. Como puede extraerse de la comunicación citada, el mencionado medicamento se encuentra autorizado únicamente como excipiente, para el tratamiento del herpes simple y el herpes zoster y las infecciones causadas por este virus.

▪ La decisión de esta Sala de Revisión no puede ser la de ordenar la entrega del mencionado medicamento ya que con ello no se asegura una protección efectiva de los derechos afectados. Por el contrario, el fallo adoptado por esta Corporación será el de conceder el amparo de los derechos invocados en esta acción de tutela, en el sentido de ordenar a la entidad accionada remitir a la señora Migdalia Toledo Arias nuevamente a valoración por parte de un especialista en urología, con el fin de que éste le prescriba el tratamiento pertinente y adecuado para controlar la enfermedad que padece; tratamiento que debe ser suministrado por SaludCoop EPS, la cual podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo y en el porcentaje que no le corresponda cubrir.

Sentencia T-884 de Septiembre 10 de 2004 (Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto)

Accionado: Susalud EPS

Problemas jurídicos: ¿Es procedente la acción de tutela para proteger el derecho a la salud, a pesar de que el derecho a la vida no se encuentre en grave peligro si la intervención requerida no se lleva a cabo? ¿Cuáles son las reglas jurisprudenciales respecto de la prueba de la incapacidad de pago? ¿Procede el amparo constitucional cuando el comité técnico científico de una entidad prestadora de salud se niega a autorizar el uso de un medicamento no prescrito por un médico adscrito a la entidad y que no cuenta con el certificado del INVIMA?

Fundamento de la decisión:

▪ En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha determinado los parámetros legales que deben ser tenidos en cuenta en relación con el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS. Ha señalado, entonces, que los criterios para autorizar tales prestaciones son: (i) la situación de riesgo inminente para la vida del afiliado; (ii) el beneficio esperado de los procedimientos, intervenciones o medicamentos prescritos al mismo; (iii) la certificación expedida por la institución escogida de que el procedimiento o el medicamento no es experimental y de que pueden esperarse razonablemente resultados exitosos de su aplicación o suministro; (iv) la garantía de que el Estado, a través del Ministerio de la

Protección Social-Fosyga, otorgará o financiará el medicamento excluido del POS, teniendo derecho a exigir a la EPS a la cual está afiliada el beneficiario, el pago de los valores del medicamento incluido en el plan obligatorio de salud, de conformidad con las tarifas definidas para tal fin; (v) el afiliado debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para asumir el costo del medicamento.

▪ De la Jurisprudencia de la Corte respecto de medicamentos no POS, en caso de que los mismos carezcan de registro INVIMA, es claro que para conceder el amparo por vía de tutela, la negativa de suministro debe poner en grave riesgo la vida del paciente, debe estar acreditado por el médico tratante adscrito a la EPS que ese medicamento es el único que puede producir efectos favorables en el paciente, que no se trata de una droga en etapa experimental y por último, que el paciente carezca de capacidad de pago para asumir el costo del mismo.

▪ Frente a un medicamento no POS, que además no cuenta con el registro sanitario expedido por el INVIMA, la carga de probar que el mismo es el único que resulta efectivo para aliviar el padecimiento del afiliado y que, además, no se trata de un medicamento de tipo experimental que puede conllevar efectos secundarios desproporcionados, debe cumplirse plenamente. Es entonces al médico tratante adscrito a la EPS a quien compete dar cuenta de esta necesidad. Si el comité técnico científico decide no otorgar la autorización de suministro del fármaco, de todas maneras, el paciente puede acudir ante un médico adscrito a la EPS para que determine si en el POS hay un medicamento que tenga iguales efectos que el negado. Si el medicamento prescrito está en el listado del plan obligatorio de salud, la entidad debe autorizarlo sin más trámites, pues, como fue arriba señalado, el afiliado tiene un derecho fundamental a su suministro. Si el medicamento es no POS, debe el comité analizar si el costo del mismo resulta una carga económicamente soportable para el paciente.

Sentencia T-975 de Diciembre 02 de 1999 (Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis)

Accionado: ISS seccional Cauca

Problema jurídico: ¿Como resultado de la aplicación de la Resolución 05061 del 23 de diciembre de 1997 proferida por el Ministerio de Salud se configuró un desconocimiento de la garantía constitucional con que cuentan los derechos fundamentales del accionante?

Fundamento de la decisión:

▪ Se deberá analizar la reglamentación legal que establece la entrega de medicamentos en el plan obligatorio de salud, y la posibilidad de su inaplicación cuando ella compromete derechos constitucionales de carácter fundamental. En estos casos esta Corporación ha señalado que ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.

▪ Para que ello proceda, es necesario que se cumplan ciertas condiciones, a saber: que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto

costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos; que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

▪ Cumplidos los supuestos señalados, la Corte ha considerado que la reglamentación legal o administrativa se torna inconstitucional, pues pone en peligro derechos constitucionales fundamentales y, en consecuencia, debe inaplicarse para dar prevalencia a las disposiciones constitucionales.

▪ Se observa que el Dimetilsufóxido Solución (Rimso) es la única droga disponible para el tratamiento de la enfermedad que padece el accionante, aunque no es curativo si produce un alivio de los síntomas mejorando su calidad de vida, como lo anotan las declaraciones rendidas por los médicos especialistas de la entidad accionada. Esta Corporación, no sólo se ha limitado a amparar los derechos a la salud en conexidad con la vida ordenando la entrega de los medicamentos necesarios para restablecer la salud de los actores, sino que también ha considerado que para asegurar una vida en condiciones dignas que ayuden a superar la enfermedad o por lo menos a hacerla más llevadera se ha ordenado el suministro de medicamentos formulados por su médico tratante, así no figuren en el listado oficial y que su costo sea reclamado por la entidad promotora de salud al Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico

¿Se vulneran los Derechos Fundamentales de un afiliado cuando su EPS se niega a autorizar y suministrar un medicamento, al encontrarse excluido del plan de beneficios y cuya prescripción no coincide con las indicaciones terapéuticas aprobadas por el INVIMA en el registro sanitario otorgado al producto, o carece de dicho registro, a pesar de que fue ordenado por el médico tratante?

<p>Los Derechos Fundamentales del afiliado resultan vulnerados cuando la EPS se niega a autorizar y suministrar un medicamento, al encontrarse excluido del plan de beneficios y cuya prescripción no coincide con las indicaciones terapéuticas aprobadas por el INVIMA en el registro sanitario otorgado al producto, o carece de dicho registro, a pesar de que fue ordenado por el médico tratante y existe evidencia científica y técnica que justifica su uso</p>	<ul style="list-style-type: none"> ◆ T-975/99 ◆ T-884/04 ◆ T-1328/05 ◆ T-1214/08 ◆ T-260A/09 ◆ T-706/10 ◆ T-418/11 ◆ T-042/13 ◆ 	<ul style="list-style-type: none"> ◆ T-173/03 ◆ T-945/04 	<p>No hay vulneración a los Derechos Fundamentales de un afiliado cuando la EPS se niega a autorizar y suministrar un medicamento, al encontrarse excluido del plan de beneficios y cuya prescripción no coincide con las indicaciones terapéuticas aprobadas por el INVIMA en el registro sanitario otorgado al producto, o carece de dicho registro, dada la expresa regulación normativa frente a la prohibición de uso de medicamentos carentes de autorización por la autoridad competente</p>
---	--	--	---

	T-425/13		
	◆		
	T-539/13		
	◆		
	T-939/13		
	◆		
	T-061/14		
	◆		
	T-302/14		
	◆		
	T-027/15		
	◆		
	T-105/15		
	◆		
	T-243/15		
	◆		
	T-313/15		
	◆		
	T-513/17		
	◆		
	T-001/18		

Existe un criterio con clara tendencia de parte de la Corte Constitucional en cuanto a que “Los Derechos Fundamentales del afiliado resultan vulnerados cuando la EPS se niega a autorizar y suministrar un medicamento, al encontrarse excluido del plan de beneficios y cuya prescripción no coincide con las indicaciones terapéuticas aprobadas por el INVIMA en el registro sanitario otorgado al producto, o carece de dicho registro, a pesar de que fue ordenado por el médico tratante y existe evidencia científica y técnica que justifica su uso.” Lo anterior significa que en asuntos similares la regla jurídica aplicar es la aquí señalada.

Lo anterior constituye una evidente demostración donde la Corte Constitucional, amplia derechos a los afiliados al sistema de seguridad social, por encima de la regulación vigente, la norma en vigor exige que la prescripción médica se encuentre dentro del plan de beneficios y dentro de los parámetros del Invima, sin embargo, en defensa de los derechos fundamentales la Corte Constitucional, obliga a ir más allá con enorme impacto fiscal y frente a los propios recurso de la seguridad social.

13. ALGUNAS DECISIONES JURDISPRUDENCIALES, RELEVANTES EN SALUD Y PENSIONES.

13.1 Sentencia Su-395 de 2017

El problema jurídico planteado se centró en determinar si los fallos judiciales objeto de revisión desconocían el alcance del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los parámetros de interpretación fijados frente a la forma de calcular el promedio del ingreso base de liquidación aplicable a pensiones del sector público y los factores constitutivos de salario que deben tomarse en consideración para calcular su monto, y si, por tanto, los mismos se inscriben en alguna de las causales específicas de procedibilidad de tutela contra sentencias judiciales, en cuanto transgreden los derechos de los actores al debido proceso y de acceso a la administración de justicia y, como consecuencia, sus derechos a la igualdad, a la buena fe y a la confianza legítima.

Frente a dicho problema jurídico la Corte Constitucional realizó el siguiente análisis:

- i) La bonificación especial o quinquenio como factor salarial para funcionarios de la Contraloría General de la República debe computarse en su totalidad o de forma proporcional como base integrante del monto pensional:

Esta temática fue abordada por la Corte, toda vez que las sentencias impugnadas incluyeron dentro del IBL el valor del quinquenio percibido dentro de los últimos seis meses, pero causado en los últimos cinco años, por lo cual la Corte Constitucional estableció que el quinquenio ha debido ser calculado proporcionalmente, pues su posición frente al tema es que el IBL pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976 el quinquenio, esto es, un mes de remuneración, debe computarse en cuantía de una doceava parte.

- ii) El alcance del concepto de ingreso base de liquidación y su incorporación o no dentro de los parámetros aplicables al reconocimiento de pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en virtud del régimen de transición y iii) La determinación de si el régimen de transición pensional permite la aplicación del concepto de monto pensional del régimen especial anterior con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Frente a ello, la Corporación estableció que el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, implica que se deben respetar ciertas garantías de los regímenes anteriores, tales como: (i) edad, (ii) tiempo de servicios y (iii) monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo. De manera que el ingreso base de liquidación y los factores salariales por aplicar deben ser los consagrados en la Ley 100 de 1993 y el desarrollo normativo posterior (Decreto 1158 de 1994).

Así pues, es claro que a los beneficiarios del régimen de transición se le debe aplicar el IBL establecido en el artículo 21 y el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debido a que es la interpretación que más se ajusta a los principios constitucionales de equidad y solidaridad y evita casos de evasión y fraude al sistema, pues solo deben incorporarse aquellos factores salariales que remuneren directamente el servicio y de los cuales los beneficiarios hayan hecho la cotización correspondiente.

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional concluyó que los fallos de las autoridades judiciales accionadas habían incurrido en un defecto sustantivo y en vulneración directa de la Constitución no solo porque el quinquenio debía calcularse proporcionalmente, sino porque el IBL no podía ser entendido como un beneficio ofrecido por el régimen de transición.

Teniendo en cuenta el anterior análisis se puede concluir que esta sentencia a pesar de relacionarse con la línea jurisprudencial de determinación del IBL en pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales, por cuanto en ambas se discute el alcance e interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que esta sentencia no se puede incluir en la línea jurisprudencial, toda vez que:

1. En la sentencia Su 395 de 2017 uno de los problemas jurídicos más relevantes es la forma de calcular el quinquenio como factor salarial para miembros de la Contraloría General de la República, mientras que en las sentencias que conformaban la línea

jurisprudencial se discutía acerca de si la aplicación en materia del IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la falta de aplicación artículo 6° del Decreto 546 de 1971 vulneraba los derechos fundamentales de los actores.

2. La reglas jurisprudenciales determinadas por la Corte Constitucional son distintas:

- En la Sentencia SU- 395 se estableció que el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, implica que se deben respetar ciertas garantías de los regímenes anteriores, tales como: (i) edad, (ii) tiempo de servicios y (iii) monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo. De manera que el ingreso base de liquidación y los factores salariales por aplicar deben ser los consagrados en la Ley 100 de 1993 y el desarrollo normativo posterior.
- La regla jurisprudencial establecida en la línea jurisprudencial en cuestión es la siguiente:

“La Corte ha previsto que una interpretación del inciso tercero del artículo 36, según la cual el concepto ingreso base para liquidar la pensión al que refiere esta disposición, hace parte de la noción monto de la pensión contenida en el inciso segundo del mismo artículo. El efecto de esta equivalencia, en términos de la Corte, consiste en que “como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión”.

13.2 Sentencia Su- 1073 de 2012.

La sentencia en mención es de fundamental importancia en razón a que la Corte Constitucional, profirió lineamiento en relación con la indexación de la primera mesada pensional antes de la vigencia de la Constitución del 1991, al unificar la obligatoriedad de indexar la primera mesada pensional a “las pensiones legales, extralegales, convencionales y voluntarias, incluidas la pensión sanción y las proporcionales, anteriores a la Constitución de 1991.”

En síntesis mediante la sentencia del 2012 el organismo judicial de cierre en materia constitucional precisó el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, criterio que aplica a todas y cada una de las pensiones, es decir, impacta a las causadas antes y después de la entrada en vigor de la constitución del 91, lo anterior lo fundamenta en el artículo 48 de y 53 de la Constitución Política, no siendo necesaria norma reglamentaria para el efecto.

13.2 Sentencia SU- 230 de 2015.

La sentencia del 2015 señalada es de fundamental importancia toda vez que se refiere a un asunto de la más alta polémica, referido al reajuste de las pensiones en el sector público, asunto este que refleja la ausencia de conexión entre los fallos del Consejo de Estado y los de la Corte Constitucional sobre la materia. La discusión se origina en establecer si el ingreso base de liquidación está o no resguardado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual se traduce en si aplica a lo devengado en el último año de servicios o si el promedio de lo devengado en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión como regla general.

Lo primero y trascendental es que según la Corte Constitucional, el IBL no es un asunto sujeto a transición, por tanto se debe aplicar el artículo 36 de la ley de 1993, “[...] El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.” Posición que no ha sido pacífica, ya que se sigue dando la controversia entre si el IBL aplicable es del último año o el de los últimos 10 años.

13.3 Sentencia Su- 427 de 2015.

El aspecto objeto de controversia en la sentencia SU- 427 de 2016, se origina en relación con “El reajuste de la pensión de vejez de María Margarita Aguilar Álzate se efectuó sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual derivó en un abuso del derecho, ya que se dispuso el aumento de la prestación de \$3.935.780 pesos m/cte. a \$14.140.249 pesos m/cte. con fundamento en una vinculación precaria en encargo que tuvo la mencionada ciudadana como fiscal delegada ante un tribunal superior de distrito judicial por 1 mes y 6 días, período en el cual se incrementó considerablemente su asignación salarial y recibió una bonificación por gestión judicial, que a la postre también fue tenida en cuenta para efectuar la liquidación de la mesada prestacional.”

Lo anterior se traduce en un abuso del derecho cuando se aprovecha del régimen de transición al no aplicar el IBL de los últimos 10 años, lo cual resulta desproporcional con el ingreso del trabajador durante toda su vida.

13.4 Sentencia T-062 de 2017.

Decisión jurisprudencial de especial relevancia al tratarse de una reiteración de la Corte Constitucional, en función de proteger derechos fundamentales, en seguridad social y de manera especial en seguridad social en salud, a “acceso a tratamiento médico o medicamento excluido del pos-criterios constitucionales para acceder a servicios no pos”, La Corte considero que se violan los derechos del afiliado cuando no cuenta con los recursos para acceder a tratamientos médicos por fuera del POS, con base en lo anterior la Corte señalo “Bajo ese orden, es claro que la accionante no cuenta con los recursos suficientes para cubrir el servicio de transporte que solicita y, por tanto es la entidad demandada la llamada a correr con dichos gastos. También debe acceder a la exoneración de copagos, toda vez que, según lo visto en párrafos anteriores, no es de recibo interponer obstáculo alguno que impida el acceso a los servicios de salud y, por consiguiente, la materialización de este derecho fundamental.” Clara demostración de la protección de derechos fundamentales por encima de las normas vigentes en función de proteger derechos fundamentales del ciudadano, con consecuencia onerosas para el sistema, así sean legítimas y razonables.

Es importante precisar que las normas vigentes en seguridad social en salud contemplan los copagos, las cuotas moderadoras entre otras cosas, pero que en función de garantizar la salud como derecho fundamental y en atención a las precarias condiciones económicas del paciente se exonera de las mismas y será obligación del sistema asumirlas.

13.5 Sentencia T- 210 de 2018.

La Corte Constitucional protegió persona extranjera en situación de irregularidad por tratarse de un niño que “goza de especial protección constitucional, por tal motivo se le debe brindar sin ningún obstáculo administrativo la protección y garantía de la atención de urgencia en salud.”

Para la Corte Constitucional “encuentra que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander desconoció los derechos fundamentales a la salud y a la vida del niño Miguel Arcángel, puesto que no ha procedido a autorizar la cirugía que requiere, pese a que la misma ha sido considerada como urgente y prioritaria por el médico tratante especializado.”

Se infiere que por tratarse de un niño con necesidades de atención médica y quirúrgica el sistema de seguridad social en salud está obligado a atender los requerimientos necesarios para garantizar los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y la salud del menor sin importar su condición de afiliado o no.

Se trata de un claro ejemplo donde prevalecen sin ninguna discusión los derechos fundamentales, sobre la regulación vigente en seguridad social integral.

14. Conclusiones y recomendaciones.

14.1 Conclusiones.

- La Constitución Política de 1991, consagró de manera expresa una serie de derechos denominados derechos fundamentales, los cuales tienen claros ancestros en los derechos humanos, son de amplio reconocimiento en el derecho internacional, propio de los Estados democráticos.
- Los derechos fundamentales tienen como característica esencial que son inherentes a las personas, en consecuencia, son derechos irrenunciables.
- Dentro de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución vigente, entre otros tenemos, el derecho a la vida, a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo, etc., más otros derechos que a pesar de no estar consagrados como fundamentales en la Constitución Política pero que por ser esenciales para las personas, hoy como consecuencia de la jurisprudencia tienen esta categoría.
- El Estado está en la obligación a través de sus autoridades administrativas y judiciales proteger y garantizar los derechos fundamentales.

- La misma Constitución Política del 91, instituyó como guardián de los derechos fundamentales, a la Corte Constitucional, la cual a través de sentencias de constitucionalidad y de la revisión de las tutela seleccionadas protege y garantiza estos derechos.
- Con base en lo anterior la Corte Constitucional desde sus inicios ha sido muy activa en la salvaguarda de los derechos fundamentales, donde la seguridad social, ha sido objeto de cientos de sentencias dirigidas a su protección. Al respecto tal como se señaló al inicio del documento para la Corte Constitucional la “La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución ”.
- La protección de derechos fundamentales por parte de organismos judiciales han impactado de manera rigurosa los sistemas de seguridad social integral, incluso muy por encima de la regulación vigente que sobre la materia existe en el derecho interno colombiano. Extendiendo de esa manera el ámbito de protección de los derechos en cuestión.
- La defensa de derechos fundamentales que impactan la seguridad social generalmente se funda en la defensa a la vida, a la igualdad, al mínimo vital, a la dignidad humana, entre los que se destacan, derechos estos que con base en la ley de leyes (Constitución) y en el derecho internacional que incide en el derecho colombiano, será impensable que el dinamismo proteccionista de la Corte Constitucional sobre la protección de derechos fundamentales disminuya, es más problema que amplíe su espectro de protección.
- Ante la realidad descrita y siendo hoy la jurisprudencia una fuente principal de derecho es que la seguridad social siempre se verá impactada efectivamente por las decisiones de la justicia, que no solo producen efecto entre las partes que se debaten en un proceso, sino en muchas de las veces producen efecto frente a toda sociedad.
- Por lo anterior siempre es de esencial importancia analizar las diferentes decisiones de las altas cortes, de manera sistemática y ojalá mediante el mecanismo de líneas

jurisprudenciales, para poder obtener con amplia certeza, que se convierte, en regla jurídica de obligatoria observancia para asuntos similares y que no.

- Sin lugar a dudas el estudio que nos ocupa y otros similares permiten concluir que las decisiones jurisprudenciales han impactado de manera grave las finanzas públicas y los recursos propios de la seguridad social.
- Las decisiones de la Corte Constitucional, cuando de garantizar derechos fundamentales se trata, en seguridad social van generalmente más allá de la regulación vigente prevista para el sistema, decisiones que de manera razonable generalmente buscan proteger los derechos fundamentales de las personas.
- La Corte Constitucional en pro de garantizar los derechos fundamentales de seguridad social y de salud se ha convertido en legisladora, porque ha extendido derechos más allá de lo fijado por la ley y también se ha convertido en ordenadora del gasto público, puesto que sus decisiones en algunos casos han afectado las finanzas públicas y el sistema de seguridad social.
- El hecho de que vía acción de tutela se pueda llegar a obtener una pensión de vejez cuyo IBL sea calculado conforme a lo dispuesto en el régimen especial, trae como consecuencia que se incentive e incremente el uso de la acción tutela para alcanzar dicha protección.
- Cabe destacar que la seguridad social desde la óptica de derecho fundamental, va acompañada de unos principios que son de incuestionable observancia y que sin duda cada día abarcan una mayor visión, los cuales se sintetizan así: (1) principio de progresividad, que implica que “El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad.” (2) principio de no regresividad, “lo que implica la imposibilidad de que se reduzca la protección” de claro origen en el derecho internacional con incidencia en el derecho interno, y (3) el principio de la condición más beneficiosa, la cual según la Corte Constitucional “exige tener en cuenta aquella norma en vigencia de la cual se cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, independientemente,

primero, de que se trate de la norma inmediatamente anterior o a una que la anteceda con mayor antigüedad [...]”

- Lo anterior implica que cada día será menos probable que la jurisprudencia aligere las cargas económicas al sistema de seguridad social integral, todo lo contrario, cada día en función de la protección de los derechos fundamentales y de los principios señalados la situación será de mayor impacto para las finanzas nacionales y los recursos de la seguridad social.

14.2 Recomendaciones.

- En términos generales también será de ingente beneficio desde el ejecutivo y desde el Congreso de la República, ejercer la actividad reglamentaria y legislativa en materia de seguridad social, con firmeza dejando poco a la interpretación del organismo judicial, siempre pensando en que el organismo judicial sin miramientos observa la protección de los derechos fundamentales.

- En el tema puntual de la determinación del ingreso base de liquidación en pensiones causadas en el marco de transición para regímenes especiales se recomienda que el operador jurídico a la hora de tutelar el derecho del trabajador haga una clara distinción para efectos de determinar si la persona a la hora de solicitar que se le aplique el IBL contemplado en el régimen especial cumplía o no con los otros requisitos del régimen especial para acceder a una pensión. Todo ello, con el propósito de decidir si es o no posible hacer la extensión de derechos o favorabilidad fijada en la regla jurisprudencial.

- En el tema de la cobertura de los beneficiarios no POS sin registro INVIMA se recomienda que sea el legislador quien defina cuales son los criterios para poder establecer que un medicamento o servicio tiene el aval de la comunidad científica, a pesar de no contar con el registro del INVIMA. Todo ello, con el fin de evitar márgenes de discrecionalidad o criterios subjetivos para otorgar los medicamentos o tratamientos.

- Es indispensable poner en marcha y hacer efectivo el incidente de impacto fiscal para efectos de que la autoridad competente intervenga en las acciones de tutela revisadas por la Corte Constitucional, con el propósito de pregonar y defender unos principios con poderoso

arraigo jurídico como son los principios de razonabilidad fiscal, igualdad, sostenibilidad, solidaridad, seguridad jurídica, entre otros.

- Se requiere aprovechar la reforma pensional para ordenar, racionalizar y regular muchos de los avances en cobertura y extensión de derechos ya hoy reconocidos por la Corte Constitucional, entendiendo que dicha reforma no podrá desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero con la claridad que esta no tiene carácter absoluto.
- Para efectos de lograr que las futuras decisiones de la Corte Constitucional no solo protejan los derechos fundamentales de las personas, sino que sus decisiones sean equilibradas y razonables en materia del gasto público, se recomienda que dentro de la organización interna de la Corte Constitucional se plantee la creación de un despacho de asesores económicos encargados de analizar el componente financiero de las decisiones de más alto impacto económico de la Corte Constitucional.