



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

**Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).**

**REF: Expediente nro. 11001-03-24-000-2016-0073-00.**  
**Medio de control: Nulidad.**  
**Actora: NORA FERNANDA MARTÍNEZ LÓPEZ**

El Despacho decide la solicitud de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de la Resolución nro. 1479 de 6 de mayo de 2015, expedida por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**.

**I-. ANTECEDENTES**

**La demanda**

La señora **NORA FERNANDA MARTÍNEZ LÓPEZ**, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo, CPACA, presenta demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, contra la Resolución nro. 1479 del 6 de mayo de 2015, ***"Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado"***, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social.

## **II-. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

La parte actora solicita la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en síntesis, por las razones que se explican a continuación:

1. Dentro de las funciones asignadas al Ministerio de Salud y Protección Social en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993<sup>1</sup> no está la de reglamentar la ley, pues, esta facultad está radicada en el

---

<sup>1</sup> "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

Presidente de la República, según lo expresamente consagrado en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998<sup>2</sup>, las funciones de los Ministerios deben desarrollarse bajo la dirección del Presidente de la República, de modo que la facultad reglamentaria es de carácter residual y subordinada y, adicionalmente, deberá estar sujeta al criterio de necesidad, es decir, que solo tendrá lugar cuando la norma sea genérica, imprecisa, impersonal y requiera para su ejecución instrumentos necesarios para alcanzar el fin que la ley pretende.

El Ministerio de Salud y Protección Social no tuvo en cuenta ninguno de los parámetros definidos por la citada norma ni los señalados por la Corte Constitucional para el ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes, toda vez que con la expedición de la Resolución nro. 1749 de 2015 no se determinan las leyes que le sirven de fundamento ni el alcance de estas.

---

<sup>2</sup> "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales [15](#) y [16](#) del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

3. El acto acusado fue proferido en forma irregular, puesto que no se convocó a la ciudadanía a participar en la emisión de la decisión, entre ellos, a la Asociación Colombiana de Hospitales, omisión que constituye una manifiesta trasgresión de lo establecido en los artículos 34 y 35 de la Ley 1437 de 2011 y, por consiguiente, del derecho al debido proceso y de defensa.

4. También se vulneró el principio de reserva legal por cuanto se creó un procedimiento administrativo paralelo al establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, bajo el entendido de que el Congreso de la República no facultó al Presidente de la República ni al Ministro de Salud y Protección Social para la expedición de la reglamentación que se incorporó en la resolución demandada, circunstancia esta que corrobora la falta de competencia en la emisión de ese acto.

5. Se incumplieron las órdenes impartidas en la sentencia de tutela T-760 de 2008, habida cuenta de que el objetivo implícito de la Resolución nro. 1749 de 2015 es trasladar la carga económica y financiera del sistema de salud de las Entidades Promotoras de

Salud -EPS- a las Instituciones Prestadoras de Servicios -IPS-, por los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, para con ello evitar la acumulación histórica de deudas del Gobierno Nacional con las EPS e IPS.

El problema dentro del sistema de salud se concreta en que el Gobierno Nacional ha incumplido el pago oportuno a las EPS e IPS de las deudas por la prestación de los servicios de salud que no se encuentran cubiertos en el POS, cuando lo cierto es que esa carga financiera no le corresponde asumirlas a aquellas entidades sino al Estado a través de las entidades territoriales y al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, según lo previsto en la normatividad que regula la materia y en la sentencia T-760 de 2008 y en el Auto 263 de 2012.

En las citadas providencias, se ordenó al Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social) y al Administrador Fiduciario del FOSYGA que adoptaran las medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las EPS ante el FOSYGA y las entidades territoriales, fuera ágil y

asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud.

En la Resolución nro. 1749 de 2015 no se cumple con el mandato de garantizar el flujo oportuno y efectivo de los recursos para financiar los servicios de salud ni se prevén las medidas tendientes a evitar la falta de pago o retraso en el mismo. Por el contrario, lo que se hace es un traslado de la carga financiera de los servicios no incluidos en el POS, de las EPS a las IPS tanto públicas como privadas, que son los actores más débiles y vulnerables del sistema de salud, quebrantando los principios de eficiencia, igualdad y universalidad, que deben regir en el referido sistema.

El Ministerio de Salud y Protección Social, para la adopción de la decisión demandada no tuvo en cuenta la grave crisis económica que atraviesan los hospitales, generada precisamente por el no pago de los costos de los servicios médicos que no están cubiertos por el POS, lo que significará una mayor crisis hospitalaria, en la medida en que se crean barreras de acceso a la población vulnerable del régimen subsidiado y al sistema de salud.

### **III.- TRASLADO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR**

El **Ministerio de Salud y Protección Social**, mediante escrito allegado dentro de la oportunidad legal (folios 86 y 87 del cuaderno de la medida cautelar) describió el traslado de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo acusado, para cuyo efecto se limitó a indicar que la decisión fue proferida de conformidad con lo previsto en los artículos 173 de la Ley 100 de 1993 y 2º del Decreto-ley 4107 de 2011, es decir, con competencia para tal fin.

### **IV.-CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

#### ***Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo***

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.

El Capítulo XI del Título V de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 (CPACA) presenta el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la administración de justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.<sup>4</sup>

De acuerdo con la norma, las medidas cautelares se clasifican en *preventivas*, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; *conservativas*, si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; *anticipativas*, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de *suspensión*, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente nro. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: "...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda 'la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.'"

<sup>5</sup> Artículo 230 del CPACA.

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción del artículo 229, el cual permite decretar todas aquellas «*que considere necesarias [...]*». No obstante, a voces del citado artículo, su decisión estará sujeta a lo «*regulado*» en dicho Estatuto, previsión que apunta a un **criterio de proporcionalidad**, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar «*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*» (Negrilla fuera de texto).

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente nro. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

«[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora. El primero, o**

*aparición de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho. El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho [...]**»<sup>6</sup> (Negrillas fuera del texto).*

También la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente nro. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

*«[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a este la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad». <sup>7</sup>(Negrillas no son del texto).*

---

<sup>6</sup> Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente nro. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>7</sup> Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: "(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones:

(...)

*Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta*

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

### ***La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos***

En el marco de las diversas medidas cautelares establecidas en el CPACA<sup>8</sup> se encuentra la figura de la suspensión provisional de los

---

*la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad'*

*En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: 'Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:*

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios."*

<sup>8</sup> El artículo 230 del CPACA señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, "una o varias de las siguientes" cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta "vulnerante o amenazante", cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de

efectos de los actos administrativos, prevista en el artículo 238 de la Constitución Política.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de «*evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho*».<sup>9</sup>

Merece resaltarse, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 2 de enero de 1984), que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la **manifiesta infracción de la norma invocada**,

---

ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

<sup>9</sup> Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto.

Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 consiste en referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial** de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas<sup>10</sup>.

Acerca de la manera en la que el Juez aborda este *análisis inicial*, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente nro. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

---

<sup>10</sup> Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente nro. 2014-03799), en la cual se puntualizó: *"Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surqimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva."* (Resaltado es del texto).

« [...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]» (Negrilla fuera de texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de *«mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto»*.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente nro. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: "Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del CPACA expresamente dispone que '**[I]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento**'. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces 'la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite' [ ]. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido.

## ***Requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado***

A voces del artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, *«cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud»*. Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado. Dice así el citado artículo:

***«Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.*** *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado,*

---

*La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la causa [ ]. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia".(Negrillas fuera del texto).*

**cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

*En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
  - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
  - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.» (Negrillas fuera del texto).*

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores

invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

### ***El caso concreto***

El texto de la Resolución nro. 1749 de 2015 ***"Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el plan obligatorio de salud suministradas a los afiliados del régimen subsidiado"***, es del siguiente tenor:

#### **"TÍTULO I ASPECTOS GENERALES**

***Artículo 1. Objeto.*** La presente resolución tiene por objeto establecer el procedimiento para el cobro y pago por parte de las entidades territoriales departamentales y distritales a los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos, por los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud - POS, provistas a los afiliados al Régimen Subsidiado, autorizados por los Comités Técnico Científicos — CTC u ordenados mediante providencia de autoridad judicial.

***Artículo 2. Ámbito de aplicación.*** La presente resolución aplica a los Departamentos y Distritos, a los Prestadores de Servicios de Salud y a las Administradoras de Planes de Beneficios que tienen afiliados al Régimen Subsidiado de Salud.

**Artículo 3.** *Financiación de la atención de los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS a los afiliados al Régimen Subsidiado. Los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, suministrados a los afiliados al Régimen Subsidiado, se financiarán por las entidades territoriales con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones - Sector Salud - Prestación de Servicios de Salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, los recursos del esfuerzo propio territorial destinados a la financiación del NO POS de los afiliados a dicho régimen, los recursos propios de las entidades territoriales y los demás recursos previstos en la normativa vigente para el sector salud.*

**Parágrafo.** *Los pagos correspondientes se realizarán de conformidad con los procedimientos presupuestales a que haya lugar.*

## **TÍTULO II**

### **GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS NO CUBIERTAS POR EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD**

**Artículo 4.** *Evaluación de la situación en salud. El Departamento o Distrito, analizará la situación de salud de cada territorio y las capacidades técnicas, operativas y financieras y con base en estas, adoptará uno de los dos modelos establecidos en los Capítulos 1 y II del presente título para la garantía de la prestación de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS a los afiliados al Régimen Subsidiado o, de acuerdo con sus necesidades, creará mediante acto administrativo, un modelo integrado siguiendo las reglas establecidas para cada uno de los modelos definidos en el presente título, garantizando el flujo de recursos oportuno para los prestadores de servicios de salud.*

**Artículo 5.** *Comités Técnico Científicos. Los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS suministrados a los afiliados al Régimen Subsidiado, serán autorizados por el CTC de la EPS, conformado de acuerdo a lo previsto en el Título II de la Resolución 5395 de 2013, en el cual podrá participar un representante de la entidad territorial, con voz y sin voto en las decisiones. Esta participación se ejercerá sin perjuicio de la*

responsabilidad que tienen las entidades territoriales en los procesos de verificación, control y pago de las solicitudes de cobro.

**CAPÍTULO I**  
**GARANTÍA PARA EL SUMINISTRO DE SERVICIOS Y**  
**TECNOLOGÍAS NO CUBIERTAS EN EL PLAN**  
**OBLIGATORIO DE SALUD, CENTRALIZADA EN LA**  
**ENTIDAD TERRITORIAL**

**Artículo 6.** Organización de la red para la garantía de los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS. El Departamento o Distrito que adopte el modelo de garantía de prestación de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS centralizado, deberá:

- a. Definir el listado de prestadores de servicios de salud a través de los cuales se brindarán los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS a los afiliados al Régimen Subsidiado.
- b. Informar a los usuarios y a las EPS que operan en su territorio, la red de prestadores definida para garantizar los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.
- c. Publicar el listado de prestadores de servicios de salud en la página web de la respectiva entidad territorial, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la entrada en vigencia de la presente resolución, el cual debe permanecer actualizado.

**Parágrafo.** La prestación de estos servicios y tecnologías se hará a través de las Empresas Sociales del Estado — ESE que se encuentren habilitadas, salvo que la oferta de servicios requerida no exista o sea insuficiente en el municipio o su área de influencia, caso en el cual, previa autorización de este Ministerio, la entidad territorial podrá incluir dentro del listado seleccionado otros prestadores de servicios de salud habilitados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007.

**Artículo 7.** Atención de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS. La atención de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS se prestará de la siguiente manera:

1. Si se trata de un servicio o tecnología sin cobertura en el POS requerido en la atención inicial de urgencias o atención de urgencias o en el transcurso de una hospitalización, el prestador de servicios de salud que esté atendiendo al afiliado deberá proceder de la siguiente manera:

- a) *Si tiene contratado el servicio o tecnología sin cobertura en el POS con la entidad territorial responsable del pago, deberá prestarla previa autorización del CTC, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Resolución 5395 de 2013 u orden de autoridad judicial, y gestionar su pago ante la entidad territorial, en los términos y condiciones previstos en el contrato de prestación de servicios y tecnologías NO POS y en el Decreto 4747 de 2007 o las normas que lo sustituyan o modifiquen. Cuando se trate de una urgencia manifiesta, la autorización del CTC será posterior, según lo establecido en el párrafo del referido artículo 10.*
- b) *Si no tiene contratado el servicio o tecnología sin cobertura en el POS con la entidad territorial, se seguirá el siguiente procedimiento:*
- (i) *Si la IPS tiene el servicio habilitado, deberá prestarlo previa autorización del CTC en los términos del artículo 10 de la Resolución 5395 de 2013 u orden de autoridad judicial. Cuando se trate de una urgencia manifiesta, la autorización del CTC será posterior, según lo establecido en el párrafo del referido artículo 10.*

*Para el pago del o los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, la IPS presentará la solicitud directamente a la entidad territorial.*

(ii) *Si la IPS no tiene el servicio habilitado, deberá consultar el listado de Prestadores de Servicios de Salud publicado por la entidad territorial y a través del sistema de referencia y contra referencia, remitirá el paciente al prestador de servicios de salud de ese listado, que tenga habilitado el servicio o tecnología. Si dentro del listado de prestadores de servicios de salud, no existe uno habilitado para suministrarlo, la EPS deberá elegir dentro de su propia red el prestador de servicios de salud que lo brindará.*

*El prestador de servicios de salud receptor del usuario, solicitará la autorización del servicio o tecnología sin cobertura en el POS al CTC de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en el artículo 10 de la Resolución 5395 de 2013 y elevará la solicitud de pago directamente ante la entidad territorial. La autorización deberá realizarse con la debida oportunidad de tal forma que se garantice el acceso oportuno al usuario de los servicios de salud.*

2. *Para los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS requeridos en las demás situaciones, dentro de los dos días siguientes a la autorización por el CTC del servicio o*

*tecnología sin cobertura en el POS, la Entidad Promotora de Salud solicitará a la Entidad Territorial que indique el prestador de servicios de salud que brindará el servicio. La entidad territorial dará respuesta a dicha solicitud oportunamente. Si transcurridos cinco (5) días desde la solicitud, la entidad territorial no ha dado respuesta al requerimiento, la Entidad Promotora de Salud deberá elegir, dentro del listado publicado por la entidad territorial, el prestador de servicios de salud que brindará el servicio o tecnología correspondiente, de lo cual informará oportunamente al usuario.*

*Parágrafo. Los servicios o tecnologías sin cobertura en el POS que superen la etapa de verificación y control de que trata el Título III de la presente resolución, serán pagados directamente por la entidad territorial al Prestador de Servicios de Salud, previa presentación de solicitud de cobro.*

**Artículo 8.** *Negociación y compra centralizada de servicio y tecnologías sin cobertura en el POS. Los Departamentos y Distritos, con base en el diagnóstico sobre la situación de salud en sus territorios, podrán mantener o implementar esquemas de negociación y compra centralizada de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, siempre y cuando:*

*(i) Exista un concepto técnico — médico que soporte la conveniencia de adelantar dicho esquema para el tratamiento continuo de enfermedades crónicas o degenerativas, de alto costo o huérfanas de un determinado grupo de usuarios.*

*(ii) La entidad territorial asegure el correcto funcionamiento y control del esquema de compra centralizada, distribución de las tecnologías, seguridad en su administración y manejo de la información.*

*(iii) La entidad territorial tenga evidencia de que el esquema de compra centralizada disminuye los costos que debe pagar por dichos servicios o tecnologías.*

*(iv) La escogencia del proveedor se haga a través de un proceso de selección objetiva.*

**Parágrafo.** *Cuando la entidad territorial opte por la negociación centralizada de servicios y tecnologías, su suministro estará sujeto a la aprobación por parte del*

*Comité Técnico Científico, de acuerdo con el procedimiento establecido en el presente capítulo.*

**CAPÍTULO II**  
**GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y**  
**TECNOLOGÍAS NO CUBIERTAS POR EL PLAN**  
**OBLIGATORIO DE SALUD A TRAVÉS DE LAS**  
**ADMINISTRADORAS DE PLANES DE BENEFICIOS QUE**  
**TIENEN AFILIADOS AL RÉGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD**

**Artículo 9.** *Garantía del suministro de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS. Las Administradoras de Planes de Beneficios que tienen afiliados al Régimen Subsidiado de Salud deberán garantizarles el acceso efectivo a los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud, autorizados por los Comités Técnico-Científicos (CTC) u ordenados por autoridad judicial, para lo cual, dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la autorización emitida por el CTC, definirán el prestador de servicios de salud que brindará dichos servicios, de acuerdo con su red contratada.*

**Artículo 10.** *Presentación de las solicitudes de cobro. Las Administradoras de Planes de Beneficios que tienen afiliados al Régimen Subsidiado de Salud presentarán ante la entidad territorial los documentos que soportan los requisitos exigidos para el cobro señalados en la presente resolución, así como aquellos requeridos por la entidad territorial en el acto administrativo en el que se establezca el procedimiento de verificación y control.*

*La factura de servicios o documento equivalente se presentará a la entidad territorial sin haber sido pagada previamente por la EAPB que tenga afiliados al Régimen Subsidiado, al Prestador de Servicios de Salud y deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 16 de la Resolución 5395 de 2013, con excepción del previsto en el numeral 6.*

*Los servicios o tecnologías sin cobertura en el POS que superen la etapa de verificación y control de que trata el título III de la presente resolución, serán pagados directamente por la entidad territorial al Prestador de Servicios de Salud que los haya suministrado.*

**TÍTULO III**

## **PROCESO DE VERIFICACIÓN, CONTROL Y PAGO DE LOS SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS SIN COBERTURA EN EL POS**

**Artículo 11.** *Requisitos generales para la verificación y control de los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS. Los Departamentos o Distritos deberán establecer, mediante acto administrativo, un procedimiento para la verificación y control de las solicitudes de pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, que sean provistos por los Prestadores de Servicios de Salud o por las Administradoras de Planes de Beneficios que tienen afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, de acuerdo con el mecanismo adoptado, que indique los soportes que deben acompañar la solicitud, el periodo del mes y el lugar en el que tales solicitudes deben ser presentadas, los términos que tardará la entidad territorial en realizar la auditoria correspondiente y los demás elementos necesarios que le permitan establecer la obligación de pago frente a los servicios y tecnologías cobrados.*

*El proceso de verificación y control de las solicitudes de pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, deberá garantizar que se verifique como mínimo que:*

- 1.** *Al usuario a quien se suministró el servicio o tecnología sin cobertura en el POS le asistía el derecho al momento de su prestación.*
- 2.** *El servicio o tecnología suministrada al usuario y objeto de cobro, no se encontraba cubierto por el POS para la fecha de prestación del servicio.*
- 3.** *El servicio o tecnología sin cobertura en el POS fue prescrito por el médico tratante del usuario o un médico de urgencias.*
- 4.** *El servicio o tecnología sin cobertura en el POS fue autorizado por el Comité Técnico Científico u ordenado por autoridad judicial.*
- 5.** *El servicio o tecnología sin cobertura en el POS fue efectivamente suministrado al usuario.*
- 6.** *El reconocimiento y pago del servicio o tecnología sin cobertura en el POS compete a la entidad territorial y no se ha realizado pago por el mismo concepto.*
- 7.** *Los datos registrados en los documentos que soportan el cobro son consistentes respecto al usuario, la tecnología y las fechas.*

**8.** El valor cobrado se encuentra soportado en una factura de servicios o documento equivalente y liquidado conforme a las reglas establecidas en la presente resolución y demás normas vigentes.

**Parágrafo.** Los Departamentos o Distritos podrán adoptar el manual de auditoría que contiene el listado de glosas aplicables a las solicitudes de recobro del régimen contributivo, expedido por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social de este Ministerio, para el pago de las solicitudes de recobro presentadas ante el FOSYGA o adaptarlo a los procedimientos que integran el proceso de verificación y control consagrado en el acto administrativo que para el efecto expida la entidad territorial. En cualquier caso, el manual de auditoría deberá ser socializado con las Administradoras de Planes de Beneficios que tienen afiliados al Régimen Subsidiado de Salud y los Prestadores de Servicios de Salud que pertenezcan a la red de prestadores definida por la entidad territorial.

**Artículo 12.** Reglas para determinar el valor a pagar de los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS. Las entidades territoriales deberán aplicar las siguientes reglas relacionadas con el valor a pagar por servicios y tecnologías sin cobertura en el POS:

- a) Si el precio del servicio o la tecnología sin cobertura en el POS a cobrar ha sido regulado por la autoridad competente, el valor a reconocer por dicho servicio o tecnología será como máximo la diferencia entre el precio regulado y el valor calculado para la o las tecnologías incluidas en el POS del mismo grupo terapéutico que lo reemplaza(n) o sustituya(n) o el monto del comparador administrativo que señale el listado de comparadores administrativos adoptado por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social si lo hubiere y las cuotas de recuperación, estas últimas según lo dispuesto en los artículos 18 del Decreto 2357 de 1995 y 3 del Decreto 4877 de 2007.

Cuando el valor facturado sea inferior al precio máximo definido por la autoridad competente, también se deberán aplicar los descuentos de que trata el presente literal.

- b) Si el precio del servicio o tecnología sin cobertura en el POS a cobrar no ha sido regulado por la autoridad competente, el valor a reconocer por dicho servicio o tecnología será la diferencia entre las tarifas de referencia de las entidades territoriales correspondientes o el valor facturado y el valor calculado para la o las tecnologías

*incluidas en el POS del mismo grupo terapéutico que lo reemplaza(n) o sustituya(n), o el monto del comparador administrativo que señale el listado de comparadores administrativos adoptado por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social si lo hubiere y las cuotas de recuperación, estas últimas, según lo dispuesto en el Artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 y Artículo 3 de! Decreto 4877 de 2007.*

*Todas las tarifas se tomarán a la vigencia de la prestación del servicio.*

**Parágrafo 1.** *Cuando el valor del servicio o tecnología sin cobertura en el POS, sea menor o igual a la alternativa cubierta en dicho plan, no procede el cobro ante la entidad territorial. La EPS reconocerá al Prestador de Servicios de Salud el valor del servicio o tecnología correspondiente, con cargo a la Unidad de Pago por Capitación.*

**Parágrafo 2.** *La diferencia no cubierta por la entidad territorial correspondiente al valor de las tecnologías incluidas en el POS del mismo grupo terapéutico que lo reemplaza (n) o sustituya(n), o al monto del comparador administrativo, será asumido por la Entidad Promotora de Salud.*

**Parágrafo 3.** *El Ministerio de Salud y Protección Social, publicará en su página web el listado de comparadores administrativos adoptados y prestará, a través de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, la asistencia técnica para su aplicación.*

**Artículo 13.** *Pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS. En cualquiera de los modelos previstos en este acto administrativo, las entidades territoriales pagarán directamente a los proveedores o prestadores de servicios de salud el valor de los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS que hayan superado el procedimiento de verificación y control.*

*Así mismo, podrán establecer mecanismos que permitan la realización de pagos previos al proceso de verificación y control, para lo cual podrán adoptar la metodología establecida en el artículo 37 de la Resolución 5395 de 2013.*

**Parágrafo transitorio.** *Los Departamentos y Distritos podrán girar directamente a los Prestadores de Servicios de Salud los montos que*

*hayan sido aprobados como resultado del proceso de verificación y control, de aquellas solicitudes de pago radicadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente resolución, para lo cual, la entidad territorial deberá definir el procedimiento correspondiente y obtener la autorización de la EPS.*

**Artículo 14.** *Determinación de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS. Para determinar si el servicio o la tecnología suministrada al afiliado se encuentra o no cubierto en el POS, los Comités Técnico Científicos y las entidades territoriales deberán:*

**a.** *Aplicar los acuerdos, resoluciones y demás actos administrativos que establecen o precisan los contenidos del POS y las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.*

**b.** *Aplicar los criterios establecidos por el Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud No POS del Ministerio de Salud y Protección Social, creado por el artículo 44 de la Resolución 5395 de 2013, los cuales serán publicados en la página web del Ministerio.*

**c.** *Aplicar los conceptos emitidos por la Dirección de Regulación de Beneficios Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social. La Dirección publicará en la página web del <Ministerio las preguntas frecuentes y conceptos.*

#### **TÍTULO IV DISPOSICIONES FINALES**

**Artículo 15.** *Transitorio. Aquellos servicios y tecnologías sin cobertura en el POS que a la entrada en vigencia de la presente resolución, hayan sido autorizadas por la EPS en una red distinta a la definida por la entidad territorial departamental o distrital, podrán continuar garantizándose por la EPS en la red que esta gestione, con el fin de dar continuidad a la prestación del servicio, garantizando la respectiva coordinación con la entidad territorial responsable del pago.*

**Artículo 16.** *Reporte de información por parte de las entidades territoriales. Los departamentos y distritos reportarán semestralmente la información de las tecnologías sin cobertura en el POS radicadas en la entidad por los Prestadores de Servicios de Salud o las Administradoras de Planes de Beneficios que tienen afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, a través de*

*la Plataforma PISIS del Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con las especificaciones establecidas en el Anexo Técnico de la presente resolución. res y fecha de presentación de la información, serán los siguientes:*

*Los semestres y fecha de presentación de la información, serán los siguientes:*

<b>Semestre</b>	
<i>Enero - Junio</i>	<i>A más tardar el 31 de julio</i>
<i>Julio - Diciembre</i>	<i>A más tardar el 31 de enero</i>

*Las entidades territoriales que participen en el flujo y consolidación de información, serán responsables del cumplimiento del régimen de protección de datos y demás aspectos relacionados con el tratamiento de información, que le sea aplicable en el marco de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, el Decreto 1377 de 2013, la Ley 1712 de 2014 y las normas que las modifiquen, reglamenten o sustituyan.*

**Artículo 17.** *Saneamiento contable. Las entidades territoriales, los Prestadores de Servicios de Salud y las Administradoras de Planes de Beneficios que tienen afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, una vez recibidos o realizados los pagos o giros correspondientes, deberán reflejarlos en su contabilidad de acuerdo con su naturaleza y los procedimientos contables definidos en las normas vigentes aplicables a cada entidad.*

**Artículo 18.** *Vigilancia y control. La Superintendencia Nacional de Salud vigilará y controlará el cumplimiento de lo establecido en la presente resolución y, en caso de incumplimiento, realizará las acciones pertinentes de acuerdo con sus competencias.*

**Artículo 19.** *Vigencia y derogatorias. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga la Resolución 5073 de 2013”.*

A juicio de la parte actora, el Ministerio de Salud y Protección Social no tenía competencia para expedir el acto acusado, aunado a que fue expedido en forma irregular en tanto no se realizó la convocatoria a audiencia pública prevista en el artículo 35 del CPACA, dirigida a promover la participación ciudadana, y, además, porque se incumplen las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-760 de 2008.

Para la Sala Unitaria, un primer examen de la legalidad del acto acusado permite inferir que no se reúnen los requisitos señalados por la Ley y la jurisprudencia para el decreto de la medida cautelar solicitada, por cuanto no es posible determinar, a partir del análisis la Resolución nro. 1749 de 2015 y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, así como del estudio de las pruebas que fueron allegadas con la solicitud, que exista la violación alegada.

En efecto, al realizar un análisis preliminar de legalidad del texto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas, se evidencia que para la emisión de aquella decisión, el Ministerio de

Salud y Protección Social, con sujeción a lo previsto en los artículos 173 de la Ley 100 de 1993 y 2 del Decreto-Ley 4107 de 2011, y en acatamiento de lo ordenado en la sentencia T-760 de 2008, debía definir un procedimiento claro y preciso tendiente a la realización del control y pago de las solicitudes de recobro de los servicios y tecnologías no cubiertos en el POS prestados a los afiliados al régimen subsidiado de salud, con la finalidad principal de que las entidades territoriales cuenten con el flujo de recursos necesarios para pagar el costo de aquellos a los Prestadores de Servicios de Salud.

En la citada providencia, emitida con ocasión de veintidós acciones de tutela instauradas para solicitar, entre otros, la protección del derecho a la salud por la no prestación de servicios de salud no cubiertos en el POS, se hizo claridad acerca de que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su conjunto, es un servicio público esencial y obligatorio, cuya dirección, control y coordinación se encuentra a cargo del Estado.

Así mismo, se señaló que no hay una regulación precisa que permita hacer efectivos los derechos de los usuarios cuando requieren un servicio de salud diferente a los incluidos en el POS, razón esta que ha conllevado a que la acción de tutela se erija como el mecanismo generalizado para acceder a los servicios de salud no cubiertos pero ordenados por el médico tratante.

Para garantizar el derecho a la salud, en los términos expuestos por la Corte Constitucional, se requiere la actuación organizada, planeada y eficaz de los diferentes actores públicos y privados, de quienes depende el respeto, la protección y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este derecho fundamental.

La Constitución Política brinda especial protección a los recursos de la salud, en el sentido de señalar que son de destinación específica, es decir, no pueden ser invertidos en otros fines, de tal suerte que se establece una garantía enderezada a que los recursos serán utilizados para el específico propósito de atender la prestación del servicio de salud.

Pero no es suficiente la garantía de destinación específica de los recursos, en tanto se torna necesario que estos sean dirigidos oportunamente a costear efectivamente el valor de los recursos prestados.

Así, la posibilidad de que las IPS garanticen la prestación de los servicios de salud dependerá de la disponibilidad real de los recursos que les permitan contar con los insumos necesarios para prestar no solo los servicios básicos sino también para mejorar la oferta en términos de tecnología y recursos humanos.

Por consiguiente, se abordó la problemática referida al retraso en el pago de los reembolsos y el trámite de las solicitudes de recobro al FOSYGA por servicios no cubiertos en el POS, situación que, además de constituir una barrera en el flujo de los recursos en el sistema de salud, afecta el goce efectivo de ese derecho a los usuarios del sistema.

En efecto, respecto de los problemas que desencadenan la falta de flujo de recursos en el sistema de salud, en la referida sentencia se indicó:

*"[...] Los obstáculos en el flujo de recursos en el sistema, por ejemplo en las EPS, deriva en una desprotección del derecho a la salud al impedir que los servicios se presten oportunamente, que se mejore la prestación de los servicios a través de la inversión en tecnología y personal médico, que se paguen oportunamente a los prestadores los servicios que deben garantizar los aseguradores y otras deficiencias en la prestación de los servicios asociadas a problemas de liquidez [...] .*

En suma, constituía una obligación del Ministerio de Salud y Protección Social, con fundamento en lo previsto en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, expedir la regulación y diseño del sistema para garantizar el flujo de recursos para la atención eficiente de las necesidades requeridas para la prestación eficiente del servicio de salud. En esa misma regulación, se debían definir políticas claras y precisas para la agilidad en el control y pago de los cobros teniendo en cuenta la transparencia en la asignación de los recursos del FOSYGA.

Sobre el fundamento legal para proferir la regulación aludida en la sentencia de tutela, se puntualizó:

"[...] En el Sistema de Seguridad Social en Salud existen varios instrumentos y mecanismos dirigidos a evaluar permanentemente el funcionamiento del sistema de salud, y a divulgar los resultados de la evaluación. **Los deberes relacionados con el recaudo, procesamiento y divulgación de la información, se encuentran previstos en las diferentes normas que conforman el sistema. En la Ley 100 de 1993, por ejemplo, entre las funciones del Ministerio de Protección Social, asignadas por el artículo 173, se encuentra: '4. Formular y aplicar los criterios de evaluación de la eficiencia en la gestión de las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud'**" (Negrillas fuera del texto original).

En ese marco, la Corte Constitucional impartió, entre otras, las siguientes órdenes al Ministerio de Salud y Protección Social y al FOSYGA:

"[...] **Vigésimo cuarto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.**

**Vigésimo séptimo. Ordenar al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El**

**Ministerio de Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias.**

*El Ministerio de Protección Social también podrá rediseñar el sistema de recobro de la manera que considere más adecuada, teniendo en cuenta: (i) la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud.*

*El 1º de febrero de 2009, el Ministerio de Protección Social deberá remitir a la Corte Constitucional la regulación mediante la cual se adopte este nuevo sistema. El nuevo sistema deberá empezar a ser aplicado en el tercer trimestre del año 2009, en la fecha que indique el propio regulador” (Negrillas del Despacho).*

Ahora bien, en Auto 263 de 2012<sup>12</sup> se verificó el grado de cumplimiento de las órdenes vigésimo cuarta y vigésimo séptima impartidas en la sentencia T-760 de 2008, razón por la cual la Corte Constitucional, dispuso:

*“[...] **Tercero.** ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que, en el término de tres (03) meses contados a partir de la comunicación de esta providencia, REDISEÑE el Sistema de Verificación, Control y Pago de las Solicitudes de Recobro, mediante la expedición de una norma unificada que subsuma todos los requisitos y trámites del mismo, y que derogue las múltiples regulaciones vigentes sobre la materia, con obligatoria observancia de los lineamientos expuestos en el núm 3.9. de la parte motiva de la presente providencia, sin perjuicio de los demás criterios que considere necesarios para*

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, MP Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

*el cumplimiento de la orden vigésimo séptima de la Sentencia T-760 de 2008.*

**Tercero.** *En cumplimiento del anterior numeral, el Ministerio de Salud y Protección Social deberá REMITIR a la Corte Constitucional el programa y cronograma del rediseño requerido, dentro de los veinte (20) días siguientes a la comunicación de esta providencia. Igualmente deberá INFORMAR mensualmente los avances y resultados obtenidos en el cumplimiento de las órdenes impartidas en la presente providencia.*

**Cuarto.** *REQUERIR al Gobierno Nacional – Ministerio de Salud y Protección Social para, que en el término improrrogable de veinte (20) días siguientes a la comunicación de esta providencia, adopte las medidas necesarias para salvaguardar los recursos asignados al sector salud y que tiendan eficazmente a proscribir los actos de corrupción y las prácticas defraudatorias que aquejan el sistema, con la única finalidad de optimizar el flujo de recursos al interior del SGSSS y obtener la sostenibilidad financiera del mismo, para la atención de las necesidades en salud de la población colombiana.*

**Quinto:** *REQUERIR al Gobierno Nacional – Ministerio de Salud y Protección Social – en conjunto con la Contraloría General de la República para que, en el término improrrogable de veinte (20) días siguientes a la comunicación de esta providencia, adopten las medidas necesarias para controlar y recuperar los recursos malversados y dilapidados en el SGSSS, conminado a reinvertir tales dineros en la atención en salud de los colombianos.*

**Sexto:** *ORDENAR al Ministerio de Salud en conjunto con la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos, que expidan la regulación requerida para conjurar la crítica situación de sobrecostos de precios de medicamentos POS y No POS por la que atraviesa el SGSSS. Dicha normativa deberán contener disposiciones en relación con el régimen general de seguridad social en salud, así como frente a los regímenes especiales [...]"*

Con el objeto de cumplir lo dispuesto en la referida providencia, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución nro. 5073 de 2013, ***"Por medio de la cual se unifica el procedimiento de recobro por concepto de tecnologías en salud no incluidas en el plan de beneficios suministrados a los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud, a cargo del respectivo ente territorial y se dictan otras disposiciones"***.

Sin perjuicio de la resolución emitida de cara a regular el procedimiento de recobro por los servicios y tecnologías no cubiertos en el POS del régimen subsidiado, el Ministerio de Salud y Protección Social consideró necesario expedir un acto administrativo en el que se expusieran de manera clara y precisa los parámetros definidos por la Corte Constitucional para garantizar el flujo de recursos en las entidades territoriales para el pago de las solicitudes de recobro.

Por consiguiente, en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 173 de la Ley 100 de 1993 y 2º del Decreto-Ley 4107 de 2011, la citada cartera ministerial expidió la Resolución acusada

nro. 1479 de 2015, en la que se señalan los procedimientos a seguir para que se agilice el flujo de recursos de las entidades territoriales a los Prestadores de Servicios de Salud públicos, privados o mixtos que brindan servicios y tecnologías no cubiertos en el POS y que son suministrados a los afiliados del régimen subsidiado.

En ese orden, es importante advertir que con la expedición del acto acusado no se reglamenta ninguna norma de carácter legal sino que obedece al mandato emitido por la Corte Constitucional en materia de la garantía por parte de las entidades territoriales de la suficiencia y oportunidad de recursos destinados a la prestación del servicio público esencial de salud y a la agilidad en el pago de los cobros solicitados por los prestadores de los servicios y tecnologías que no se encuentran bajo la cobertura del POS.

Por otro lado, en el escrito de la medida cautelar se indicó que el Ministerio de Salud y Protección Social con la decisión acusada vulnera lo normado en el artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido de que no se promovió la participación ciudadana para la adopción del acto administrativo.

Frente a ese punto, se debe señalar que la convocatoria a audiencias en el curso de las actuaciones administrativas por parte de las autoridades no constituye un mandato imperativo previsto por el legislador pues, el sentido de la norma es diáfano al establecer que la realización de audiencias para la participación ciudadana es una facultad de la administración en orden a asegurar el derecho de contradicción, o de contribuir a la pronta adopción de las decisiones.

Debe entenderse entonces, que la práctica de audiencias se realizará a criterio de la respectiva autoridad, de lo que se infiere que no en todas las actuaciones administrativas se surtirá el trámite de la convocatoria a la ciudadanía, en razón de la discrecionalidad con la que cuenta la administración sobre el particular.

También se señaló en el escrito de la medida cautelar que en la Resolución nro. 1749 de 2015 lo que se hizo en realidad fue un traslado de la carga financiera de los servicios no incluidos en el POS del régimen subsidiado, de las EPS al sistema hospitalario de

las IPS, prestadores estos últimos que son los actores más débiles y vulnerables del sistema, lo que viola los principios de eficiencia, igualdad y universalidad.

Respecto de esta última manifestación, cabe señalar que la parte actora no argumentó la forma en que se materializa el supuesto traslado de la carga financiera por parte de las EPS a las IPS por la prestación de los servicios y tecnologías no incluidos en el POS de los afiliados al régimen subsidiado.

En efecto, las razones de su dicho se contraen a cuestionar el incumplimiento del Ministerio de Salud y Protección Social de las órdenes impartidas en la sentencia T-760 de 2008 y en el Auto 263 de 2012, en el sentido de que, a su juicio, en el acto acusado subyace un traslado de una carga financiera por parte de un prestador a otro, pero no se aportó ninguna prueba ni se realizó la debida sustentación de la ilegalidad de esa específica manifestación, encauzada a tener elementos que permitan establecer la forma en la que se llevará en la práctica el cambio en las cargas financieras que deben asumir uno y otro.

Así pues, de la lectura integral del texto acusado y su comparación con las normas invocadas como quebrantadas, se desprende que a través de aquella decisión se definieron unos procedimientos dirigidos a garantizar el flujo de los recursos de las entidades territoriales destinados a pagar los costos de los servicios no incluidos en el POS y a que el trámite del recobro de estos por parte de los prestadores, sea más ágil y eficiente. De tal suerte que, contrario a lo argüido por la actora, no se advierte la supuesta repercusión negativa para las IPS con la decisión adoptada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Bajo tales presupuestos, no se vislumbra, en principio, una contradicción del acto acusado con las normas legales consideradas infringidas.

Finalmente, se reitera que la valoración inicial o preliminar que se efectúa al resolver la solicitud de medidas cautelares, como lo establece el inciso 2º del artículo 229 del CPACA., no constituye prejuzgamiento, pues aunque permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no condiciona la decisión final.

Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013-00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que:

*"La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la causa [...]. **La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia**".(Negrillas fuera del texto).*

De modo, pues, que al no cumplirse los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA, se impone para la Sala Unitaria denegar la medida cautelar solicitada.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,**

## **R E S U E L V E**

**Primero: DENIÉGASE** la solicitud de medida cautelar.

**Segundo: TIÉNESE** a la doctora **LUZ MARY ACOSTA ARANGO** como apoderada de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** de conformidad con el poder y demás documentos visibles a folios 88 y siguientes del cuaderno de la medida cautelar.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**  
**Consejera**