



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201811600159091**

Fecha: **13-02-2018**

Página 1 de 6

Bogotá D.C.,

URGENTE

Asunto: Exclusiones Resolución 5267 de 2017 – radicado 201842300027752

Respetada doctora:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual en el marco de lo previsto en la Resolución 5267 de 2017¹ y la Nota Externa No 201433200296523 del 10 de noviembre de 2014, expedida por la entonces Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, de este Ministerio, en la que se establecieron: “*Lineamientos y criterios técnicos respecto de exclusiones del POS y prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social En Salud*”, plantea una serie de interrogantes, relacionados con el reconocimiento y pago de los recobros derivados de fallos de tutela. Al respecto, nos permitimos señalar:

En primer lugar, vale la pena precisar que la Subdirección de Beneficios en Aseguramiento de este Ministerio, dio respuesta a las inquietudes planteadas en su escrito, desde el punto de vista técnico, mediante radicado 201834100047971, del 22 de enero de 2018.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico a continuación nos referiremos a sus interrogantes 1, 2, 3 y 4, alusivos al cumplimiento de los fallos de tutela y a la vigencia de las normas, para lo cual nos permitimos realizar las siguientes precisiones normativas y jurisprudenciales:

En cuanto al cumplimiento de las órdenes proferidas por los jueces de tutela, el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991², señaló:

“Artículo 52. Desacato. <Inciso **CONDICIONALMENTE** *exequible*> *La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”.*

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C – 367 de 2014, donde se discutió la constitucionalidad del referido artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el cual fue declarado

¹ Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud

² Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201811600159091

Fecha: 13-02-2018

Página 2 de 6

exequible³, al referirse al cumplimiento de las providencias de los jueces y en especial al deber acatar los fallos de tutela, indicó:

“(…)

4.2. El deber de acatar las providencias judiciales y los poderes del juez para hacerlas cumplir. Reiteración de jurisprudencia.

4.2.1. *Cumplir con las providencias judiciales es un imperativo del Estado Social y Democrático de Derecho⁴. El derecho a acceder a la justicia⁵ implica, para ser real y efectivo, al menos tres obligaciones, a saber: (i) la obligación de no hacer del Estado (deber de respeto del derecho), en el sentido de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización y de evitar tomar medidas discriminatorias respecto de este acceso; (ii) la obligación de hacer del Estado (deber de protección del derecho), en el sentido de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho; y (iii) la obligación de hacer del Estado (deber de realización del derecho), en el sentido de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo su goce⁶.*

4.2.1.1. ***El acceso a la justicia no se agota en la posibilidad de acudir ante la administración de justicia para plantear un problema jurídico, ni en su resolución, sino que implica, también, que “se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados”⁷. Dada la relevancia del cumplimiento de las providencias judiciales para el derecho fundamental de acceder a la justicia, en algunas oportunidades este tribunal lo ha amparado, de manera excepcional, por medio de la acción de tutela⁸, “bajo el entendido de que la administración de justicia, además de expresarse en el respeto a las garantías establecidas en el desarrollo de un proceso, se manifiesta en el hecho de que las decisiones que se tomen dentro del mismo tengan eficacia en el mundo jurídico y que la providencia que pone fin al proceso produzca todos los efectos a los que está destinada”⁹.***

4.2.1.2. *Además de afectar el acceso a la justicia, incumplir las providencias judiciales desconoce la prevalencia del orden constitucional y la realización de los fines del Estado, vulnera los principios de confianza legítima, de buena fe, de seguridad jurídica y de cosa juzgada, porque da al traste con la convicción legítima y justificada de una persona que, al acudir ante la administración de justicia, espera una decisión conforme al derecho que sea acatada por las autoridades o por los particulares a quienes les corresponda hacerlo.*

³Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en el entendido de que el incidente de desacato allí previsto debe resolverse en el término establecido en el artículo 86 de la Constitución Política..

⁴ Cfr. Sentencias T-1686 de 2000 y C-1006 de 2008.

⁵ Cfr. Sentencias C-426 de 2002 y T-443 de 2013.

⁶ Estas obligaciones están previstas, también, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2).

⁷ Cfr. Sentencias T-553 de 1995, T-406 y T-1051 de 2002, T-096-08.

⁸ Cfr. Sentencias T-1051 de 2002, T-363 de 2005, T-409 de 2012 y T-263 de 2013.

⁹ Cfr. Sentencia T-443 de 2013.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201811600159091

Fecha: 13-02-2018

Página 3 de 6

4.2.2. La administración de justicia y, de manera especial, el juez que dictó la providencia judicial, no pueden ser indiferentes o ajenos a su cumplimiento. Este cumplimiento puede y, si es del caso debe, efectuarse aún en contra de la voluntad de quien está llamado a ello, por medios coercitivos.

4.2.2.1. **El incumplir una providencia judicial puede comprometer la responsabilidad de la persona a quien le es imputable esta conducta y puede tener consecuencias en diversos ámbitos. Y puede comprometerla,** porque si bien el incumplimiento obedece a una situación objetiva, dada por los hechos y sólo por los hechos, la conducta de incumplir obedece a una situación subjetiva, en la cual es relevante la culpabilidad de su autor.

(...)

4.3. El deber de acatar los fallos de tutela, los poderes del juez para hacerlos cumplir y las responsabilidades que pueden seguirse de su incumplimiento. Reiteración de jurisprudencia.

4.3.1. Si incumplir una providencia judicial es, como se vio, una conducta grave que puede comprometer la responsabilidad de la persona involucrada en diversos ámbitos, **incumplir la orden dada por el juez constitucional en un fallo de tutela es una conducta de suma gravedad, porque (i) prolonga la vulneración o amenaza de un derecho fundamental tutelado y (ii) constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia**¹⁰

4.3.2. Ante la orden impartida en un fallo de tutela su destinatario tiene dos opciones: una, que es la regla, cumplirla de manera inmediata y adecuada (art. 86 CP) y, dos, que es la excepción, probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de cumplirla. La impugnación del fallo o la selección para su eventual revisión por este tribunal no suspende el cumplimiento del fallo de tutela (art. 86, inc. 2). **Por lo tanto, en ningún evento el destinatario de la orden puede prolongar en el tiempo la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales,** simplemente porque así lo tiene a bien, o por que esa es su voluntad, o por haber impugnado la decisión del juez de primera instancia, o por estar pendiente la posible selección de las decisiones judiciales para su eventual revisión por la Corte Constitucional. (Negrilla y subrayas fuera de texto)

(...)"

En este orden de ideas y como bien lo ha precisado la Corte Constitucional, las providencias de los jueces y en especial los fallos de tutela son de obligatorio cumplimiento, por lo que las autoridades públicas y los particulares no pueden desconocer el deber de establecer las acciones y los procedimientos que se requieran para proteger los derechos del tutelante.

En este sentido y frente a sus interrogantes 1 y 2, debe precisarse que independientemente de la fecha del fallo de tutela, sea anterior o posterior a la entrada en vigencia de la Resolución 5267 de 2017, conforme a lo señalado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 y a lo indicado por la Honorable Corte Constitucional, dicho fallo es de obligatorio cumplimiento, razón por lo que la

¹⁰ Cfr. Sentencias T-329 de 1994 y C-1003 de 2008.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201811600159091

Fecha: 13-02-2018

Página 4 de 6

entidad sobre la cual recae el mismo, deberá realizar las acciones tendientes a la protección del derecho fundamental tutelado.

Ahora bien, en cuanto a sus preguntas 3 y 4, relacionadas con la entrada en vigencia de la Resolución 5267 de 2017, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 50.455 del 22 de diciembre de 2017, vale la pena traer a colación lo establecido en su artículo 2, el cual reza:

“Artículo 2. La presente Resolución rige a partir del 1 de enero de 2018”. (Negrilla fuera de texto)

De otro lado, el literal c) del artículo 119 de la Ley 489 de 1998¹¹, para efectos de determinar la vigencia y oponibilidad de los actos administrativos (Resoluciones), expedidos por el Gobierno Nacional, dispuso:

*“Artículo 119. **Publicación En El Diario Oficial.** A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:*

(...)

*c) Los decretos con fuerza de ley, los decretos y **resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general**, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.*

***PARAGRAFO. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”.** (Negrilla fuera de texto)*

Corolario a lo anterior, vale la pena traer en cita lo aclarado por la Corte Constitucional en Sentencia C – 932 de 2006¹², donde al referirse sobre la promulgación de las leyes, expresó:

(...)

*Se concluye entonces que en el ordenamiento jurídico colombiano la promulgación de la ley equivale a su publicación, y que si bien no es un requisito para la validez de la misma, si lo es para su vigencia y obligatoriedad, es decir, para que ésta vincule a los asociados. **En esa medida la jurisprudencia constitucional ha relacionado los conceptos de promulgación de la ley –que se materializa mediante su publicación en el Diario Oficial- y de eficacia jurídica o vigencia de la misma, entendidas estas últimas como fuerza o capacidad para producir efectos jurídicos de una norma, pues como antes se señaló los mandatos legales sólo serán oponibles a los asociados -y por ende éstos sólo resultarán afectados por sus consecuencias jurídicas- a partir de su publicación,***

¹¹ 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.

¹² Dr. Humberto Antonio Sierra Porto



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201811600159091

Fecha: 13-02-2018

Página 5 de 6

*por lo tanto una ley mientras no haya sido publicada es inoponible y no produce efectos jurídicos.
(Negrilla fuera de texto)*

(...)"

Teniendo en cuenta lo expuesto, es clara la vigencia de la Resolución 5267 de 2017, a partir de la fecha establecida en el artículo 2 de la misma, esto es el 1 de enero de 2018, pues con su publicación en el Diario Oficial No 50.455 del 22 de diciembre de 2017, se cumplió con la promulgación respectiva, lo cual la hace oponible a todos los ciudadanos.

Sobre el particular y para efectos precisar lo relativo a la vigencia de las normas, debe mencionarse que la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C – 619 de 2001¹³, al realizar el análisis de los artículos 29¹⁴ y 58¹⁵ de la Constitución Política, los cuales refieren explícitamente a los efectos del tránsito de legislación, señaló:

"(...)

*Con fundamento en las normas constitucionales transcritas, puede afirmarse que en relación con los efectos de la ley en el tiempo **la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia.** (...)" (Negrilla fuera de texto)*

Aclarada la vigencia de la norma objeto de consulta, así como el obligatorio cumplimiento de los fallos de tutela, nos permitimos resaltar que la respuesta dada por esta Dirección obedece a un análisis netamente jurídico, por lo que lo atinente a la especificidad de la aplicación de la resolución en lo que tiene que ver con prescripciones (véase numeral 4 de su consulta) y la plataforma MIPRES (véase numeral 5 de su consulta), se resolverá de acuerdo a lo indicado por el área técnica, en oficio 201834100047971 del 22 de enero de 2018.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

¹³ Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁴ Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

(...)"

¹⁵ "Artículo 58. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

(...)"



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201811600159091**

Fecha: **13-02-2018**

Página 6 de 6

Cordialmente,

LUIS GABRIEL FERNANDEZ FRANCO
Director Jurídico

Elaboró: Johanna M.
Revisó: E. Morales
Aprobó: Kimberly Z.

C:\Users\jmayorgaa\Documents\Consultas\TEMAS\IPS ESE - RF - J - AU\201842300027752 Consulta exclusiones Resolución 5267 -2017.docx